

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal y Criminología
(Acreditado Contratado Doctor)
(UNED)

ARTÍCULO 22.4 CP

Motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación: razones de género, agresión sexual por parte de ex pareja sentimental en un contexto de dominación y discriminación del hombre sobre la mujer.

Presupuestos de la agravante por razones de género:

1. En lo que concierne a la agravante genérica consistente en «cometer el delito por... razones de género...» recordaremos que con su introducción en el Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Dice el Preámbulo de aquella ley: se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.^a del artículo 22. La razón para ello 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. (énfasis añadido)

El legislador español con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido también tres nuevos tipos penales que son el de acoso y hostigamiento (art. 172 ter del CP) y el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis del CP) y el delito de divulgación sin el consentimiento de la víctima de imágenes que fueron captadas con su anuencia (197.7 del CP). Tales tipos penales ven realizada su

relevancia en el ámbito de la violencia sobre la mujer por razones de género. Pero aquel legislador, además, consideró necesario que, como respuesta proporcional a la gravedad del hecho cuando la víctima es una mujer por el simple hecho de serlo, se debía incluir el ahora vigente párrafo 4.º del artículo 22 que prevé una nueva circunstancia agravante: la de discriminación por razón de género, aplicable en relación a aquellos delitos en los que la discriminación no ha sido tenida ya en cuenta para la configuración del correspondiente tipo penal, pero que no será aplicable a aquellos delitos que fueron modificados ya por la Ley Orgánica 1/2004 que, adoptando lo que se conoce como perspectiva de género, tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, es decir, en discriminación de la mujer por razón de género.

La Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 22.4 Código Penal añadiendo a las circunstancias agravantes de cometer el delito por motivo de discriminación referente al sexo de la víctima la de actuar por motivos de discriminación por razones de género. Los términos sexo y género son definidos por la OMS: «El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres», y concluye que «el macho» y «la hembra» son categorías sexuales, mientras «masculino» y «femenino» son categorías de género».

2. La cuestión que ha originado polémica y diversidad de criterios en alguna jurisprudencia y en la dogmática es la de si en estos otros delitos, que no fueron modificados por la Ley Orgánica 1/2004, es necesario acreditar que concurre ese específico elemento subjetivo. Y esa ha sido la discrepancia entre la sentencia de primera instancia y la dictada en apelación.

Esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido (STS del Pleno n.º 677/2018) en relación con tal específico elemento subjetivo, pero referido al delito del artículo 153.1 del Código Penal, que exigir ese elemento subjetivo del tipo en el art. 153.1 supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describe tal elemento del tipo del artículo 153.1 del Código Penal como elemento subjetivo del injusto. Y ello, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo por más que concurra el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apartado 1.º del artículo 153 del Código Penal.

Tal sentencia mereció un voto particular, pero no en cuanto a la doctrina referida a la ausencia de exigencia de ese supuesto requisito de específico consistente en un elemento subjetivo del injusto, sino sobre la exigencia de que, objetivamente, haya de producirse el hecho en el contexto de una situación de dominación que, dice dicho voto particular no cabe presumir por el hecho de ser varón el agresor que golpea a pareja femenina. Tal dominación en la relación marido-mujer, dice sin embargo la mayoría del Pleno de la Sala, no se presume *iuris et de iure* y tampoco se exige como elemento del tipo. Aunque apunta el voto particular que, si se admite por la mayoría prueba que excluya el contexto de dominación, el trato diferenciado dado a sendos apartados 1 y 2 del artículo 153 pudiera cuestionarse como constitucional.

En cualquier caso, el mismo voto particular emitido respecto de la mayoría en la citada sentencia del Pleno de la Sala se cuida de subrayar que el elemento del contexto de dominación «no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito». «No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer». «Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada».

Ya había adelantado el Tribunal Constitucional en su auto n.º 233/2004, de 7 de junio, que el legislador de la Ley Orgánica 11/2003 trató de objetivar el tipo penal convirtiendo el maltrato de obra constitutivo de la antigua falta del artículo 617 en delito cuando la víctima mantenía con el ofensor lazos afectivos y familiares, propósito que, como veremos seguidamente, no quedó desvirtuado por la reforma operada en la norma sustantiva por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ésta definía en su artículo 1.1 cuyo apartado tercero afirma que la «violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad», definición que al incluir el pronombre indefinido «todo» en los actos que refiere, entre los cuales se encuadra sin duda el maltrato de obra, no excluye de su radio de acción los actos violentos en los que no se aprecia directamente alguna de las manifestaciones recogidas en el apartado primero del artículo, ni exige la constatación de un determinado propósito a modo de elemento subjetivo del injusto.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 59/2008 (antes de la reforma del artículo 22.4 pero en referencia al trato dado en los apartados 1 y 2 del artículo 153 del Código Penal) recordaba que «... las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

Validó el Tribunal Constitucional la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal afirmando (como recordábamos en nuestra citada STS 677/2018) que es competencia del legislador «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Y, en lo que aquí puede importar, advierte que el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

El momento jurisdiccional ha de partir de las soluciones adoptadas en el momento legislativo, tanto más cuanto que la legitimidad constitucional de aquella solución ha sido avalada por quien tiene atribuida esa competencia en exclusiva.

La ley decide elevar la pena cuando reforma el artículo 153.1 del Código Penal a conductas porque considera que son, objetivamente, prescindiendo de los motivos subjetivos del autor, tanto causa como expresión de la situación de desigualdad. El agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista. Lo relevante es que los tipos de agresión en ese contexto relacional de agresor y víctima dan lugar a la discriminación y son, cuando se llevan a cabo, manifestación de tal situación.

Frente a esa opción del legislador, validada por el Tribunal Constitucional, la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, añadido al genérico de la consciencia y voluntad de la agresión, sería contraria a la fuente normativa. Ésta exige voluntad de agredir, pero no reclama que el autor además muestre voluntad de dominar o discriminar.

3. Si el debate sobre la antes enunciada cuestión se ha cerrado en esos términos en lo que concierne al maltrato no habitual en pareja, resta ahora definir los presupuestos típicos que justifican la estimación de la nueva agravación genérica.

3.1. La Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción de esta agravante diciendo el Convenio de Estambul al que nos hemos referido más arriba del que retiene que el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Y entiende a estos efectos por género como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres».

Así pues, ubica el concepto género en el ámbito de lo cultural o social como diferente de la mera referencia al sexo que restaría como dato biológico.

Y, más concretamente, enfatiza la relación de esa perspectiva con la idea de discriminación. La exigencia constitucional ínsita en el derecho a la igualdad no se acan-tona en lo meramente formal o, como se ha dicho, limitada a la relación del individuo con el Estado, sino que también remite a las relaciones entre individuos dentro del ámbito social.

La corrección de las desigualdades, que aquel derecho de igualdad reclama, por un lado, impone respuestas desiguales para situaciones caracterizadas por la desigualdad. Pero, como también se ha cuidado de señalar en la mejor doctrina, la tutela anti-discriminatoria, más allá que de restablecer la igualdad se orientará a lo que se ha denominado el principio de prioridad para favorecer a los de peor situación. Por eso se protege a la mujer con prioridad cuando es víctima de una determinada violencia, como la producida en el ámbito de la relación de pareja.

Pero la concreción de criterios no se agota ni en la proclamación constitucional del derecho, ni en las traducciones llevadas a cabo en el momento legislativo. Cuando en éste se hace referencia como supuesto discriminatorio a las desigualdades surgidas por razón del género, entendido con el alcance que se explica en el preámbulo de la Ley 1/2015, el autor de ésta deja inconclusa la definición del presupuesto típico de la pertinencia de la agravante.

3.2. Sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172-2 y 148.4 del Código Penal nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima. Pero con ello no se resuelve el problema ya que nada obliga a limitar la agravante a los casos de esa relación de pareja. La Ley Orgánica 1/2004 de protección integral, pese a que la inter-vención penal que introduce la circunscribe a ese concreto ámbito, define en el primero de los párrafos de su exposición de motivos la violencia «de género» diciendo que: «Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». La Ley Orgánica 1/2015 si bien determinados tipos penales los acota a supuestos en que la mujer-víctima mantiene con, o ha mantenido con el agresor una relación de pareja, cuando describe la agravante que aquí nos ocupa, no efectúa esa restringida delimitación. Por ello su ámbito de aplicación extravasa dicha relación de pareja.

Aunque, por otra parte, la vecina agravación en el mismo artículo del delito motivado por discriminación por razón de sexo, impide ampliar la agravante que examinamos a todos los casos en que tal circunstancia en que la víctima sea mujer.

La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer relacionada socialmente con el autor del delito. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.

3.3. Ahora bien, si la exclusión de exigencia de un añadido elemento subjetivo de ánimo dominador, como propósito determinante del comportamiento delictivo respecto del que se pretende aplicar la específica agravante, no impide sancionar más gravemente un resultado de menor entidad, conduciéndolo a otro tipo penal más gravoso, sería incoherente reclamar tal componente subjetivo en el actuar injusto para simplemente agravar la pena pero sin salir de la prevista para el tipo penal en el que se discute la aplicación de la agravante como genérica.

3.4. Como recuerda la STS n.º 707/2018 de 15 de enero (2019) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la agravante genérica nueva del artículo 22.4 del Código Penal, como lo hizo en las sentencias 420/2018 y 565/2018 recordando los fundamentos explícitos del legislador de 2004 y 2015 y la doctrina del TC en su reiteradamente citada sentencia n.º 59/2008.

Se estimó entonces que: con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta.

Debiendo ahora matizarse en el sentido de la doctrina expuesta en la sentencia del Pleno de este Tribunal en la ya citada n.º 677/2018 que relativiza esa referencia subjetiva al subjetivo propósito del autor.

Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos.

(STS 99/2019, de 26 febrero)

ARTÍCULO 22.4 CP

Caso Alsasua. Discriminación por motivos ideológicos: agresión a guardias civiles fuera de servicio por el hecho de serlo, sin que la pertenencia de las víctimas a la Guardia Civil suponga la asunción de una ideología necesitada de especial protección y el que fueran guardias civiles ya ha sido tenido en cuenta para conformar el delito de atentado.

El recurrente opone, por la vía del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, un error de derecho por la indebida aplicación al hecho probado del artículo 22.4 del código penal, a cuyo tenor la conducta se agrava por haber cometido los hechos por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Nos interesa, a los fines de esta resolución, el análisis de la actuación motivada por una discriminación referente a la ideología de la víctima.

(...) Los precedentes jurisprudenciales sobre la interpretación de la circunstancia de agravación prevista en el apartado cuarto del artículo 22 del código penal, se refieren, en su mayoría, a la discriminación por razón de género. En estas resoluciones se declaran una serie de requisitos que son de aplicación a todos los parámetros de discriminación y que por razones de contexto han de ser traídos a esta resolución. Así en la sentencia 983/2016 de 11 marzo, declaramos que la circunstancia agravatoria debe referirse a la víctima y no operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito. El presupuesto fáctico de la agravación señala a la víctima como la persona con una ideología que pueda ser aprovechada por el sujeto activo para imponer un comportamiento lesivo fundado en una ideología que opera como mecanismo de discriminación, bien entendido que la situación fáctica en que se funda la discriminación puede ser real o aparente, bastando para su concurrencia que el sujeto activo del delito actúe bajo lo que él considera una ideología de rango inferior que guíe su actuación y criterio de discriminación.

En la sentencia 99/2019, de 26 febrero, señalamos como requisito de la agravación que el hecho probado dé cuenta de la relación típica de la circunstancia agravatoria, de tal manera que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica. Esto es, que el hecho probado señale cuál es la ideología de la víctima que el sujeto activo rechaza y sobre la que se apoya, como móvil, para la realización de su conducta. En este sentido la STS 983/2016, de 11 de enero de 2017, señaló «que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima... En definitiva, no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito (véase Sentencia 1341/20902, de 17 de julio (sic), 302/2015, de 19 de mayo, 314/2015, de 4 de mayo)». Si bien el fundamento anclado en sede de culpabilidad permite afirmar su concurrencia cuando no existan circunstancias que permitan inferir otra motivación ajena a la ideología del autor. En el sentido indicado, es difícil argumentar una consideración de la Guardia Civil como colectivo vulnerable sin desnaturalizar la finalidad del precepto.

En la sentencia 420/2018, 19 septiembre señalamos que «los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de la circunstancia que permiten la aplicación

de la agravación han de estar debidamente acreditados por prueba válida y racional y expresamente declarados a la sentencia», lo que supone que el hecho probado de la sentencia contenga el elemento fáctico sobre el cual sustentar la aplicación de la norma jurídica con identificación de la ideología y de la discriminación.

En la sentencia 707/2018 del 15 de enero de 2019, señalamos que el hecho debe ser manifestación de la discriminación generadora de una situación de desigualdad. Lo que implica descripción de la situación de desigualdad y comporta una comparación ante situaciones de igualdad, y el motivo de la discriminación.

Pues bien, en el hecho probado de la sentencia no concurren los anteriores requisitos que hemos exigidos para la aplicación de la agravante por discriminación. El hecho probado es escueto en la expresión de lo que pueda ser calificado como presupuesto fáctico de la agravación. No se describe una situación de discriminación, no se describe la ideología, tampoco se establece una comparación entre situaciones desiguales sobre las cuales fundar la discriminación, ni hecho probado contiene una definición ni expresión de la situación objetiva de desigualdad derivada de una ideología del sujeto pasivo del hecho delictivo. Y no puede considerarse que el hecho de pertenecer a un instituto policial sea una ideología. Consecuentemente el hecho probado no permite la aplicación de la circunstancia de agravación.

Además, es preciso dar un contenido preciso a la circunstancia agravatoria. Hemos de acudir a los criterios clásicos de interpretación de la norma penal. En primer lugar, la intención del legislador, criterio que si bien no permite conocer de forma fiable el sentido de la norma, pues la intención del legislador aflora la razón que llevó al legislador a la promulgación de la norma, pero una vez publicada en el boletín oficial la norma tiene su propio contenido independiente de la voluntad del legislador. Sin embargo, permite indagar sobre la voluntad del legislador al tiempo de su promulgación. La Exposición de Motivos es clara al respecto al señalar como fundamento de la circunstancia de agravación «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita y que se presentan bajo banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella» las sucesivas reformas refieren distintos supuestos discriminatorio, y abordar la necesidad de alejar situaciones de violencia contra colectivos vulnerables, todavía, en nuestra cultura.

El legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable.

Un segundo criterio de interpretación surge del contexto en el cual aparece la agravante de discriminación por ideología. El artículo 22.4 del código penal hace referencia los motivos racistas, antisemitas, religiosos o creencia de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo su orientación sexual, razones de género, enfermedad que padezca o discapacidad. Es decir, se trata de colectivos que presentan unas situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban, o ponen en peligro, esa convivencia pacífica, al tiempo que persigue conformar una sociedad basada en la necesaria tolerancia. La interpretación de lo que se entienda por discriminación por ideología ha de ser realizada teniendo en cuenta ese contexto de situaciones necesitadas de una especial protección para garantizar la convivencia pacífica y la tolerancia entre distintos grupos sociales a los cuales es preciso respetar. En todo hecho delictivo, ciertamente se plantea un contexto de enfrentamiento donde pueden emerger

sentimientos de odio, ira o rabia, y no por ello la punición del delito precisa una especial valoración jurídica que se traslade a la agravación en el reproche penal, pese a existir esa situación de odio, ira, rabia o venganza. Se hace preciso constatar la existencia de un plus delictivo por el cual es preciso que la sociedad, en su conjunto, se conmueva ante lo discriminatorio de la situación porque en el delito concurre, además de la situación como la descrita en la tipicidad, un plus que afecta a la tolerancia, que afecta la convivencia pacífica, haciendo que la situación fáctica del delito conlleve además una conmoción social sobre el contenido de respeto y de quebranto de la necesaria tolerancia. De esta manera, el hecho no sólo perturba a la víctima, sino también el conjunto de la sociedad puesto que el hecho, además, pone de manifiesto un problema de convivencia por la discriminación en el que se basa.

Desde una interpretación literal del presupuesto fáctico de la agravación se requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución. La prohibición de discriminación supone la defensa del derecho a la igualdad. Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual, basado en una ideología. Indagando lo que debemos entender por discriminación acudimos al manual de legislación europea contra la discriminación, publicado por la agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea que proporciona, tras el examen de las Directivas 2000/43 y 2000/78, un entendimiento de lo que deba considerarse discriminación. Como tal ha de entenderse «toda aquella acción u omisión por la que una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido, o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios». Es decir, la discriminación supone la negación del principio de igualdad y esto, a su vez supone averiguar, indagar y comparar situaciones para comprobar si concurre una situación discriminatoria y cuál sea la razón de esa discriminación. Si se constata un comportamiento no semejante respecto de otras personas, será discriminatorio, y si esa discriminación no aparece justificada en el ordenamiento y se realiza por motivos de los relacionados al artículo 22.4 del código penal, podemos calificar este hecho bajo la agravación específica. Pero es que, además, y como en los delitos de odio, la discriminación no sólo afecta a la víctima concreta, sino a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia, a la convivencia respetuosa de las distintas opciones y, principalmente, respecto de colectivos tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad para procurar la actuación de un instituto de control social, como es el derecho penal. En cada caso, habrá de plantearse la situación de comparación que implica todo hecho discriminatorio, y la causa y la motivación de este trato desigual para comprobar si ese trato desigual es discriminatorio y si la misma discriminación tiene por causa algunas de las razones que expresa el apartado cuarto del artículo 22 del código penal. Es evidente que todo hecho delictivo comporta una situación discriminatoria, en la medida en que se selecciona una víctima y se actúa contra ella, pero lo relevante para la conformación de la circunstancia de agravación es comprobar la concurrencia de alguna de las circunstancias que permiten calificar la discriminación en algunos motivos a que se refiere el número cuarto del artículo 22. Como se ha afirmado anteriormente en el hecho probado no se afirma nada de esto. No se identifica la ideología, no se dice el tratamiento comparativo con otras situaciones, y no se explica en qué consiste el motivo en el cual fundamentar y calificar de discriminatorio esa conducta. La pertenencia a una asociación que persigue la expulsión de las fuerzas policiales, no se

declara respecto de todos los acusados, y condenados; tampoco la pertenencia de las víctimas a la guardia civil supone la asunción de una ideología necesitada de especial protección. Por otra parte, la situación fáctica de pertenencia al instituto armado policial ya ha sido tenida en cuenta por el tribunal de instancia aplicando la calificación de atentado por el hecho cometido.

Podríamos representarnos una situación a la que fuera de aplicación la agravación de discriminación por ideología a un supuesto en el que la víctima fuera miembro de una fuerza de seguridad del Estado, pues ciertamente la agravación va más allá de su consideración de agente de la autoridad, y no es incompatible, con la pertenencia a un cuerpo policial y el respeto que debe generar como depositario del principio de autoridad, pero sería preciso que en el hecho probado resultara patente una situación de discriminación y demás requisitos de la agravación. Reiteramos que en el hecho probado no refiere una situación de comparación, ni refiere una situación de desigualdad, ni una situación ideológica que el autor haya tenido en cuenta como móvil de su actuar. El que fueran guardias civiles ya ha sido tenido en cuenta para conformar la tipicidad en el delito de atentado, por lo que es de observancia la interdicción del art. 67 CP, cuando dispone que no se aplicarán [a] las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (principio de inherencia). Por otra parte, tampoco se describe una situación objetiva de especial vulnerabilidad, y por tal no puede ser tenida la guardia civil.

(STS 458/2019, de 9 octubre)

ARTÍCULO 28 CP

Autoría conjunta: requisitos para extender la responsabilidad del hecho a todos los partícipes: unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso en la ejecución.

Pues bien, ante esta cuestión debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?

Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la STS de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:

1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo –para implicar una responsabilidad criminal– ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.

2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

a) Teoría de «acuerdo previo» («*pactum scaeleris* y reparto de papeles»), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

b) Teoría del «dominio del hecho» (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes conclusiones (entre otras, SSTS de 28 de mayo de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, siguiendo a su vez a la de 25 de marzo de 2000):

a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

b) Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.

c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Pues bien, de las sentencias citadas podemos fijar los siguientes parámetros de la coautoría y la responsabilidad en el hecho ejecutado por otro con plena asunción y admisión del ilícito proceder, para ubicarnos en la responsabilidad del recurrente que la niega descargando la posible responsabilidad en otros. Y ello, en base a la teoría del *pactum scaeleris* y el dominio funcional del hecho en situaciones de ideación y ejecución conjunta del delito y, como en este caso, con empleo de armas y asunción de las consecuencias:

1. El dolo compartido en la ejecución del delito.

Del art. 28 CP se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinencia –SS. 31/5/85, 13/5/86 entre otras– por la doctrina de esta Sala.

2. No es preciso que concurren en todos los coautores todos los elementos del tipo. Se exige la aportación de elementos esenciales en su ejecución.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

3. Asunción de la teoría del dominio del hecho.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras sentencias de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Por ello, se exige como presupuesto para la extensión de la responsabilidad del hecho a todos los partícipes la concurrencia de tres circunstancias básicas: a) La unidad de acción; b) La recíproca cooperación, y c) El mutuo concurso en la ejecución.

Dándose estas circunstancias, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS de 14 de enero de 1985, 12 de abril de 1986, 22 de febrero de 1988, 30 de noviembre de 1989, 21 de febrero de 1990 y 9 de octubre de 1992, entre muchas).

4. La plasmación del acuerdo previo en la ejecución del delito y asunción de las consecuencias o acuerdo durante la ejecución. Principio de imputación recíproca. La coautoría adhesiva.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS 3/7/86, y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva,

especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

5. La coautoría no es suma de autorías individuales, sino «responsabilidad por la totalidad». No solo es autor en estos casos el que realiza materialmente la acción.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS 21/12 /92 y 28/11/97 se afirmó que «cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho».

6. Las aportaciones causales decisivas de los partícipes en la ejecución del delito. No necesidad de que cada coautor ejecute los actos materiales del tipo penal. Agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

Sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SSTS 14/12/98, señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C.P. 1995 como «realización conjunta del hecho» viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del «acuerdo previo», a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del «*pactum scaeleris*» y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

7. Autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva. Conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal.

En este tema la STS 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

8. Autoría directa en ejecución compartida.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conlleva como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

9. Diferencia de coautoría de la cooperación.

Como dice la STS 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

10. La coautoría en el plano subjetivo y objetivo.

La coautoría aparece caracterizada:

a. Desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

b. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

11. La participación adhesiva o sucesiva y la coautoría aditiva.

Las SSTS 29-3-93, 24-3-98 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido, no puede pretenderse –y esto es importante– que se individualice cuál fue la concreta actuación de cada uno para darle a cada uno distinta responsabilidad en la comisión del delito.

12. La imputación recíproca.

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12, hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes

del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

La antes aludida tesis de la imputación recíproca se manifiesta, así, bajo la admisión de la concurrencia del elemento subjetivo que destacan las SSTS de 1 de marzo, 11 de septiembre y 21 de diciembre de 2000 y 21 de febrero y 13 de marzo de 2001, al afirmar y reiterar que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido por un mutuo y previo acuerdo, como soporte subjetivo de la autoría en que se funda el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Por otro lado, se entiende que es suficiente con que el acuerdo surja durante la ejecución –coautoría adhesiva o sucesiva– y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar, por lo que ese acuerdo, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes.

Como también se mantuvo en la sentencia de 25 de marzo de 2000, en la agresión de un grupo a una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con ese principio de la imputación recíproca, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido, por lo que, si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, ése será autor y los demás se considerarán como «cooperadores ejecutivos» por haber tomado parte directa en la ejecución; es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluído sobre los del primero y reforzado su eficacia.

13. No es preciso que cada coautor lleve a cabo todos los actos materiales del delito.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que «la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

14. El acuerdo es previo o simultáneo.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

15. La teoría de las desviaciones previsibles.

Se cita en las SSTs. 434/2008 de 20.6, 1278/2011 de 29.11, 1320/2011 de 9.12, al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTs de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

16. El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mantuvo asimismo, ello da lugar a que todas las responsabilidades sean considerados como autores del delito.

(STS 241/2019, de 9 mayo)

ARTÍCULO 28 CP

Autoría conjunta: teorías sobre la participación en delito doloso del que se halla ausente cuando se produce el resultado por tercero; no extensión de la responsabilidad por delito imprudente al ausente en los casos de concierto previo de voluntades para delinquir.

El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito».

Tesis y posición sobre la no extensión de la conducta imprudente en los actos perpetrados en concierto de voluntades al ausente en la ejecución del delito.

Con ello, deben fijarse de antemano varios parámetros que es preciso tener en cuenta en el análisis de la no extensión de la conducta imprudente al ausente en un delito concertado, a saber:

1. Debe desconectarse el recurrente ausente de las consecuencias derivadas del hecho y de la muerte de la víctima en los delitos imprudentes.
2. Existe la desconexión causal de la muerte imprudente con el ausente en relación con los hechos por su calificación imprudente.
3. No existe un fuerte vínculo de unión entre la muerte imprudente y el proceder del recurrente ausente en la ejecución aunque participe en el acuerdo previo.

Por ello, en este caso debe darse la razón al recurrente estimando la no extensión de la condena por el delito de homicidio imprudente, aunque sí mantenerle el delito leve de lesiones, por la extensión de la imputación recíproca a los actos dolosos ejecutados como derivación del concierto previo de voluntades.

Así las cosas, debemos destacar que el concierto previo conlleva el alcance de la responsabilidad a los hechos ejecutados con dolo directo o eventual, pero no a los actos imprudentes, de tal manera que se produce una ruptura entre los partícipes, en su ámbito de responsabilidad, que han intervenido de forma directa en la forma en la que se han desarrollado los hechos sin la presencia física del recurrente.

Este concierto previo lo es con respecto a actos dolosos, por lo que una vez construida la calificación del Tribunal de instancia sobre la imprudencia, aspecto en el que este Tribunal no puede ni debe entrar, no podemos extender la responsabilidad por acto imprudente al partícipe en el concierto previo en la ejecución del robo de los autores directos del mismo, y, con ello, prolongar la responsabilidad al no presente de los delitos imprudentes cometidos, ya que es la calificación del homicidio imprudente lo que no puede extenderse al ausente.

Con ello, la desviación previsible, como teoría antes expuesta en los casos de imputación recíproca existe en los conciertos de voluntades que concluyen en la ejecución de actos de contenido doloso, bien a título de dolo directo o eventual, pero no existe desviación previsible en los delitos de corte imprudente, aspecto que es el que ha ocurrido en el presente hecho.

La inscripción de las voluntades que convergen en el concierto previo de las personas que se deciden a llevar a cabo un hecho delictivo lo hacen en una confluencia de voluntades en la preparación de llevar a cabo actos dolosos, pero ello no puede abarcar el acto imprudente. Y si imprudente es la calificación fijada por el Tribunal, y ello no se cuestiona en sede casacional por la acusación, como es el presente supuesto, existe una ruptura entre el concierto de voluntades y la existencia de un delito imprudente por la debida desconexión de éste respecto al concierto previo, que, como decimos, solo abarca a los delitos con dolo directo o dolo eventual.

Debe mantenerse, en consecuencia, una «imprevisibilidad» del partícipe y cooperador necesario en el delito imprudente desconectado de esa decidida voluntad a cometer el delito, lo que lleva a una ideación criminal concertada estrictamente dolosa, y no imprudente.

La doctrina se mantiene al respecto en la línea de sostener que no es necesario que el acuerdo sea previo ni expreso, ya que puede ser tácito, simultáneo o no. En definitiva, cuando cada uno de los intervinientes sea consciente y consienta con todas las circunstancias del hecho, incluida la intervención de los demás, no estamos más

que ante un dolo común de todos los intervinientes al cual la doctrina del acuerdo previo daría tal relevancia que le serviría para afirmar la existencia de coautoría. Pero sin que esta coautoría pueda extenderse en los partícipes al ausente del hecho, ya que el concierto previo se dibujó en un marco de actuaciones dolosas, de las que responden todos, eso sí, a título de dolo directo o eventual, pero no en las conductas imprudentes que se desconectan en relación al ausente en la ejecución física del delito.

Es sabido que doctrinalmente podríamos definir el delito imprudente como la creación de un riesgo típicamente relevante, esto es, la infracción de una norma de cuidado penal que previene una clase de riesgos conforme a la finalidad de la norma, y que tratándose de delitos imprudentes de resultado lesivo, éste debe ser consecuencia directa y concreta de la infracción del deber objetivo individual de cuidado, pero esta infracción del deber de cuidado no es aplicable en conductas de concierto previo al ausente.

Al respecto, la doctrina apunta que en los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción que no responda al cuidado objetivamente debido, siempre que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia (de aquél), o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (delitos culposos de acción).

La doctrina mayoritaria expone al respecto que en los delitos puros de resultado no se admita más forma de autoría que la autoría directa o inmediata, conclusión a la que llega, por lo demás, la doctrina alemana mayoritaria con sustento en la regulación positiva de las formas penalmente punibles de intervención delictiva. En efecto, la exigencia expresa de dolo tanto en el hecho del autor como en la conducta del partícipe constituyen un importante obstáculo para la aplicación de estas normas en caso de intervención plural en la comisión de los delitos imprudentes; circunstancia que, sin embargo, no impediría castigar como autor a quien contribuye en forma relevante a la causación imprudente del resultado. Y, del mismo modo, un importante sector doctrinal se inclina por afirmar que el deber de cuidado –como todo deber– es de carácter personal.

Así, sólo se puede infringir el deber propio; si en un mismo hecho varios sujetos incurrían en tal inobservancia, cada uno responde de su particular infracción, de manera que no procede la coautoría, que presupone concierto previo, ni la complicidad, que requiere colaboración para alcanzar el resultado prohibido. Se debe admitir, así, la posibilidad de coparticipación en un hecho culposo, señalando que no puede haber convergencia de voluntades en la ejecución del hecho; sólo podría haber pluralidad de autores, en cuanto todos actuaron con descuido o negligencia, rayaron en la imprudencia; por consiguiente sus intervenciones han sido decisivas, pero no extensible a los ausentes. Con ello, nos iríamos al planteamiento de la impunidad de la participación imprudente al sostener, tácitamente, que es posible distinguir (dogmáticamente) entre autores y partícipes en el delito imprudente, con lo cual adhiere a un concepto restrictivo de autor en este ámbito; pero en que sólo es punible la participación dolosa, y no la derivación de la conducta imprudente al ausente en la ejecución del delito.

Incide la doctrina en este punto afirmando que buena parte de la doctrina alemana y española exige la concurrencia de un requisito material en la autoría, a saber, el dominio del hecho, criterio que, mayoritariamente, se considera que contiene elementos subjetivos incompatibles con la esencia del delito imprudente. En consecuencia, en este caso, el dominio del hecho en el concierto de voluntades serviría y desempeña su ejecutivo papel en los delitos de contenido doloso, y así se ha extendido la responsabilidad penal en este caso al robo, pero si se llega a una calificación imprudente en el homicidio, en este caso ya hay ruptura por la imposibilidad de la extensión del dominio del hecho en el ausente a la conducta imprudente.

Hemos señalado que nuestra jurisprudencia reconoce que el previo concierto para llevar a cabo el delito responsabiliza a todos los partícipes del resultado causado con su ocasión, siempre que el partícipe no ejecutor material del acto pudiera prever y admitir –de modo más o menos implícito–, que en el «*iter*» delictivo que expresamente buscaba podían producirse desviaciones de alguno de los partícipes respecto del plan inicial, y que tales desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos. En estos supuestos (de los que quedarían excepcionalmente excluidos aquellos casos en los que el poderío del medio alcanza a cambiar la naturaleza propuesta al inducido, por ser alteraciones sustancialmente equivalentes a un exceso cualitativo), es evidente que el dolo del inductor –si concurre– será normalmente eventual, por lo que puede apreciarse una responsabilidad del inductor que se justifica tanto en el campo de la causalidad, como en el de la culpabilidad (véanse, entre otras, SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001) (STS 949/2016, de 15 de diciembre). Pero ello no ocurre ni se traslada a los delitos de corte imprudente.

Otros autores tratan de la coautoría imprudente que se daría en estos casos de actuación conjunta que da lugar a un hecho imprudente, como aquí ocurre, de la figura de la autoría accesoria imprudente, que en rigor no es un supuesto de codelin-cuencia, pues falta el acuerdo para la realización conjunta del hecho. Según este sector doctrinal lo característico de la autoría accesoria es que supone dos o más hechos realizados por distintos sujetos, que dan lugar a diversos cursos causales (y también diversas relaciones de riesgo imputables objetivamente) independientes, pero cumulativos en relación a un mismo resultado. Así, se incide en que la doctrina admite por lo general la figura de la autoría accesoria imprudente. El tratamiento de la autoría accesoria imprudente no plantea problemas: cuando cada curso causal, originado por un hecho imprudente es capaz de causar por sí solo y con independencia de los demás el resultado, y contiene el riesgo de realización de ese resultado, en cuyo caso se impone la responsabilidad a cada sujeto por el correspondiente delito imprudente. Sin embargo, en el presente caso no hay, tampoco, una autoría accesoria imprudente, porque en el concierto previo no despliega el recurrente actos de corte imprudente que desemboquen en el hecho que es calificado como tal por el Tribunal.

(STS 541/2019, de 6 noviembre)

ARTÍCULO 31 BIS CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del Código Penal (CP) como imputables a las mismas, por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP. El fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización.

En la STS n.º 154/2016, antes citada, se decía que «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del

delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización».

Y, más adelante, se señalaba que «la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1.º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis.1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

Es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión.

Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.

Ello justifica que, siendo posible, no se deba excluir a la persona jurídica de la discusión, característica del juicio oral, respecto de la acreditación, fáctica y jurídica, de la comisión del delito antecedente por parte de la persona física, evitando la celebración de un juicio contra aquella contando ya con la existencia previa de una declaración de hechos probados, referidos a la persona física, pero que le afectarían directamente. Es claro que ha de reconocerse la posibilidad de enjuiciar separadamente a la persona jurídica, (artículo 31 ter CP), pero no debe ser excluida de la posibilidad de negar mediante su defensa la comisión del delito antecedente imputado a la persona física, si no lo impiden las propias circunstancias de la causa.

En el caso, la persona jurídica fue representada en el plenario por Procurador y Abogado, pero resultaron ser los mismos que representaban y defendían a la persona

física, a pesar de que, ya desde la instrucción se había apreciado la existencia de un conflicto o contraposición de intereses entre ellos, que nadie negó, ni entonces ni posteriormente. Es razonable entender que su defensa no fue lo efectiva que debería haber sido, al menos en lo que se refiere concretamente a la citación y presencia de su representante en dicho acto.

En relación con esta cuestión, se recordaba en la STS n.º 668/2017, de 11 de octubre, que «En la STS 583/2017, 19 de julio, insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Decíamos entonces que «... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación».

Además, a diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia.

En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado Amador, designándose de oficio, si fuera pertinente.

(STS 123/2019, de 8 marzo)

ARTÍCULO 127 CP

Decomiso: está al margen de las penas y medidas de seguridad y no es una responsabilidad civil ex delicto, guardando una directa relación con las penas y con el derecho sancionador, con la exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Los arts. 127 a 127 octies y 128 se encuadran en el Título VI del Libro I del Código Penal, dedicado a las «consecuencias accesorias» (derivadas de la infracción penal), que, ajenas a la tradición jurídica española aparecen en nuestra legislación en 1995, el denominado hasta ahora «comiso» se contemplaba como «pena» accesoria desde 1822 –con la excepción del Código de 1928, donde se concebía como medida

de seguridad-. El decomiso lo define el Código Penal como la «pérdida» de efectos, bienes, medios, instrumentos o ganancias de un delito o actividad delictiva, según los casos, no aparece en el catálogo de penas del art. 33 del Código, tampoco aparece en el catálogo de medidas de seguridad del art. 96 CP. Su regulación no se ubica ni en el Título III del Libro I del Código, dedicado a las penas, ni en el Título IV, dedicado a las medidas de seguridad. Tampoco es, estrictamente, responsabilidad civil. Ni se ubica en el Título V, dedicado a ella, ni siempre estamos ante la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, como ocurre en el presente caso en el que estamos ante el comiso de un instrumento del delito.

Con todas las reformas operadas en el Código Penal, se habían ido aumentando las posibilidades de acordar el decomiso tanto de los propios bienes, medios e instrumentos usados en la preparación o ejecución de un delito, como de los efectos y de las ganancias obtenidas, aunque hubieran sido invertidas, así como de su valor equivalente cuando no fuera posible recuperarlos.

La doctrina más autorizada opina que el comiso quedaba configurado nítidamente como una consecuencia penal diferente de la pena y de la medida de seguridad, puesto que no compartía ni el fundamento de la culpabilidad ni el de la peligrosidad. El propio legislador lo catalogaba como una consecuencia accesorias separada de ambas sanciones. Pero algunos elementos de su regulación, como la confiscación de los instrumentos utilizados en la preparación o en la ejecución del delito, el carácter indisponible del comiso y su exigencia ineludible en el proceso penal, lo diferenciaban de la responsabilidad civil derivada del delito. Mayoritariamente se considera como «tercera vía» de sanciones criminales.

Bajo la regulación anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, un amplio sector doctrinal entendió que el comiso era una consecuencia sui generis del delito de naturaleza penal, distinta de la pena y de las medidas de seguridad. Igualmente, esta Sala declaró que se trataba de «una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código la línea iniciada por los Derechos germánicos (Código penal suizo o Código penal alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de «consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias» (STS 228/2013, de 22 de marzo). En coherencia con esta configuración también hemos dicho en sentencia 1528/2002, de 20 de septiembre, entre otras, que «el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 CP, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad». El Tribunal Constitucional ha negado que el comiso constituya una pena, pero lo califica de «sanción» (STC 151/2002, de 15 de julio).

En definitiva, la Jurisprudencia de esta Sala ha entendido que el comiso –con anterioridad a la reforma operada en el 2015, con base a la Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014– al ser una consecuencia accesorias, al margen de las penas y medidas de seguridad, su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de «consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias» (STS 16/09, de 27 de enero). No se trata de una responsabilidad civil ex delicto, el comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (SSTS 450/07, de 30 de mayo). Naturaleza que, tras la reforma del 2015, pese a la amplitud de los supuestos y procedimientos del decomiso, no ha variado sustancialmente.

(...) El fundamento genérico del comiso es la necesidad de impedir que el bien o efectos decomisados vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos delitos. Así en el ámbito de la seguridad vial, es necesario ponderar la concurrencia de tres presupuestos o elementos: 1) la peligrosidad objetiva del bien decomisado, en este caso un vehículo, al objeto de prevenir su utilización en el futuro para la comisión de nuevos delitos contra la seguridad vial; 2) la peligrosidad del sujeto, esto es la probabilidad de que pueda volver a delinquir, utilizando tal instrumento; 3) el juicio de proporcionalidad en la aplicación de la medida, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

(STS 258/2019, de 22 mayo)

ARTÍCULO 139.1.4 CP

Asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: el fundamento de la agravación es la mayor reprobabilidad de la conducta de quien mata a otro por ser un obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto.

Debe señalarse, en relación al artículo 139.1.4 del Código Penal, que resulta una figura de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, aplicable por lo tanto al supuesto de autos, al haber sucedido los hechos en el mes de abril del año 2016.

De lo expuesto se desprende que la naturaleza de la agravación procede, precisamente, de la consideración de la vida de otra persona como un mero instrumento, de la que se puede prescindir para cometer un delito de robo, lo que supone un desprecio adicional a la vida que conlleva, con arreglo al referido precepto, la agravación de la conducta, de un homicidio a un asesinato, en este caso, claro está, en grado de tentativa.

(...) Pues bien, esta cuestión ha sido tratada ya por esta Sala del Tribunal Supremo de forma clara en la Sentencia 102/2018 de 1 Mar. 2018, Rec. 10578/2017 donde se concreta que:

«No hay incompatibilidad entre el *non bis in idem* y la fórmula agravatoria elegida por el legislador de 2015 en el art. 139.1.4.º CP.

Varias consideraciones fundan esta conclusión:

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

b) Esta constatación nos lleva a tratar de descubrir cuál es el fundamento de esa agravación. Precisamente la no diferenciación según la entidad del delito buscado o que se trata de encubrir ha permitido sostener a algún acreditado comentarista que la

esencia o razón de la innovadora agravación se encuentra en que revela una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. Desde esa filosofía resultaría correcto asimilar todos los delitos ocultados o facilitados con la muerte sin distinguir según su gravedad: adquiere sentido no circunscribir el asesinato al propósito de cometer u ocultar un delito grave.

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

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

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, consumar 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 art. 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 art. 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 art. 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».

(STS 649/2019, de 20 diciembre)

ARTÍCULO 140 CP

Asesinato: víctima menor de dieciséis años de edad, o persona especialmente vulnerable por razón de su edad.

(...) la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1.º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2.º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3.º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor, el cual «de manera sorpresiva y sin que esta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto» (hechos probados). De manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción.

En efecto, como ha razonado el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, y no ha combatido la defensa, el ataque fue sorpresivo.

(...) La condición de la víctima menor de 16 años de edad, y en el caso, de 17 meses de existencia, supone un fundamento distinto que justifica la decisión del legislador, y que no supone un *bis in idem* que impida la aplicación del art. 140.1.1.º del Código Penal.

El Ministerio Fiscal en esta instancia casacional argumenta que, en realidad, existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y por consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Nosotros consideramos también que concurre un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable. Y así lo hemos declarado ya con anterioridad en nuestra STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018, en donde leemos que concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles: a) La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. b) La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay *bis in idem* sino un legítimo *bis in altera*.

Y aunque –sigue razonando tal Sentencia–, ciertamente el apartado 1.1.ª del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía (vid. STS 80/2017, de 10 de febrero), la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual

de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, ni por el vaciado de contenido en la práctica del art. 140.1.1.ª CP.

Y se añade en tal resolución judicial: «Una buena parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP. El homicidio agravado por razón de las condiciones de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía. Son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2. a) CP (homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa, o en niños en compañía de personas que las protegen...)».

En nuestro caso, ni puede llevarse a efecto una interpretación que, como ya hemos dicho, deje vacío de contenido en la práctica del art. 140.1.1.ª del Código Penal, ni puede imaginarse un caso más claro en donde proceda la prisión permanente revisable que el legislador ha concebido para sancionar estos hechos. No aplicarla en este caso, sería no aplicarla nunca con niños. Y es claro que la interpretación judicial no puede dejar sin efecto el sentido de la norma.

Obsérvese que es posible un homicidio agravado cuando no concurra las condiciones del asesinato, pero sí la protección especial que dispensa a ciertas víctimas el art. 140.1.1.ª del Código Penal. Y así lo dispone con toda claridad el art. 138.2 a) cuando se den en la comisión de un homicidio alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 del Código Penal.

En síntesis, en el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía de desvalimiento, determinó la calificación del asesinato del art. 139.1 CP, pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su edad, menor de 16 años (art. 140.1.1.ª CP), el Magistrado-Presidente entendió que la pena resultante era la de prisión permanente revisable. Al decidir de este modo consideró correctamente que no se producía una doble valoración de la misma circunstancia, sino un distinto fundamento de la punición.

(...) La reforma derivada de la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce varias hipercualificaciones en el delito de asesinato, que se enumeran en el nuevo art. 140, siendo la primera de ellas, que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

En nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima.

Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía.

De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría.

No tendría sentido castigar con la pena de prisión permanente revisable la muerte alevosa de un menor de 15 años, cuya alevosía quedara prefijada como consecuencia de un ataque sorpresivo frente a víctima menor de 16 años, y por consiguiente no desvalido, pues en tal caso no podría alegarse *non bis in idem*, al ser el fundamento

distinto, y sancionar, en cambio, el hecho que ahora revisamos relativo a la muerte de un bebé de 17 meses de edad con una pena menor.

(STS 367/2019, de 18 julio)

ARTÍCULO 150 CP

Lesiones, causar a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad: fractura de incisivo central izquierdo, intervención médica reparadora, reconstrucción; secuela permanente: subsunción en el tipo delictivo básico del art. 147 CP.

Nos encontramos ante una fractura de pieza dental, lo que supone pérdida parcial de la misma reparada mediante su reconstrucción. Ello nos lleva a analizar la doctrina de la Sala en torno a fractura de pieza dentaria posteriormente reconstruida mediante intervención médica.

En este caso hay que recordar el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta sala de 19.4.2002 que dice así: «La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias ocasionadas por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o de las circunstancias de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta».

(...) Con ello, vemos que el criterio es:

1. Premisa básica: La pérdida de un incisivo ha sido tradicionalmente considerada por la jurisprudencia de esta Sala como determinante de deformidad, subsumible como tal dentro del artículo 150 CP.

2. Sin embargo, admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado.

Vamos, pues, a analizar esta situación donde los parámetros básicos deben circunscribirse al análisis del caso concreto y valorar en él qué circunstancias se dan, qué piezas son las fracturadas o perdidas y si se aplicó intervención médica, el resultado de la misma y la reflexión del Tribunal acerca de su resultado desarrollando la casuística en orden a su apreciación y no apreciación.

(...) Veamos, pues, la respuesta de la Sala en estos casos debidamente sistematizada de forma gráfica.

No se aprecia deformidad del art. 150 CP:

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1191/2010 de 27 Nov. 2010, Rec. 10822/2009.

Si bien la pérdida de piezas dentales ocasionada por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal, el criterio admite modulaciones en atención a la relevancia de la afectación y a las posibilidades de reparación de la deformidad ocasionada, cuando el tratamiento pueda llevarse a cabo sin riesgo mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica.

Las fracturas, que no pérdida, de piezas dentarias, corregidas, sin que queden secuelas visibles integran el tipo ordinario de lesiones (S 19 de mayo de 2006). En consecuencia no es apreciable en este caso el tipo de lesiones con deformidad del art. 150 ya que el resultado se limitó a la pérdida de un 20% en un incisivo, que fue reconstruido.

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 388/2016 de 6 May. 2016, Rec. 1923/2015.

(...) Conforme a tal acuerdo hemos de dejar constancia, como dijimos en la Sentencia 92/2013 de 12 de febrero, que en cuanto a la relevancia de la afectación no es lo mismo, por ejemplo, la mera rotura de una o varias piezas dentarias que su pérdida definitiva, ni tampoco es indiferente la situación de las piezas afectadas, por la mayor o menor visibilidad y consiguiente afeamiento producido por su pérdida, que hace necesario la sustitución por una prótesis. Es igualmente de suma importancia el estado anterior de las piezas dentarias afectadas, es decir, si las conservaba en buen estado o ya se hallaban deterioradas o recompuestas.

Pues bien, en nuestro caso, se trataba de la rotura de tres piezas dentarias, incisivos, pero el relato fáctico nada refiere de la intensidad de la rotura. El examen de la causa nos indica que las roturas eran parciales y que tras el tratamiento realizado la boca ha quedado «perfecta» dice el relato fáctico. En consecuencia, la falta de precisión del relato fáctico junto al dato conocido de la rotura y la perfecta reconstrucción de esa rótula hace que la lesión no alcance la agravación prevista en el art. 150 CP la deformidad. En el sentido indicado procedemos a la modulación del criterio de subsumición que nos indica que la pérdida de piezas dentarias, de ordinario se subsume en el art. 150 Código penal, supuesto que no es de aplicación toda vez que no se trata de pérdida de piezas dentarias, sino de rotura y que la intervención médica la ha subsanado a la perfección, sin que del relato fáctico resulten otros criterios que permitan subsumir el relato en la deformidad.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y subsumir los hechos en el art. 147 del Código penal».

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 918/2003 de 20 Jun. 2003, Rec. 542/2002.

«En el contemplado en la sentencia colacionada, se dictaminaba pericialmente el fácil sometimiento a una pequeña intervención médica, carente de riesgos, con plenas posibilidades de éxito y que eliminaría la deformidad o defecto corporal.

En nuestro caso, el ofendido por el delito ya se había sometido de grado al implante protésico de la pieza dentaria perdida (incisivo central superior izquierdo) y pudo apreciarse «de visu» y ser objeto de contradicción en juicio el resultado exitoso de la intervención odontológica, que hacía absolutamente imperceptible cualquier anomalía dentaria a la vista de terceros.

El motivo debe estimarse parcialmente, aplicando a los hechos el art. 147 C.P.»

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 796/2013 de 31 Oct. 2013, Rec. 256/2013.

Podemos llevar a cabo un análisis sistemático de la evolución jurisprudencial que se cita, y por ello, tras elaborar una clasificación de las premisas que deben tenerse en cuenta, de esta sentencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

a. Concepto de deformidad.

Esta Sala tiene declarado que como deformidad ha de calificarse aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar mínimamente su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal (SSTS. 426/2004 de 6.4, 361/2005 de 22.3, 1512/2005 de 27.12).

Igualmente es doctrina de esta Sala (S. 76/2003 de 23.1) que la deformidad estriba en una imperfección estética que rompe la armonía facial y es por tanto visible y permanente. Para su valoración debe tenerse en cuenta el estado del lesionado tras un periodo curativo que deba considerarse médicamente normal, sin valorar, en principio, las eventuales posibilidades de recuperación tras una intervención posterior (STS n.º 2443/2001, de 29 de abril de 2002).

b. Fractura o pérdida de pieza dentaria de incisivos.

Una antigua y constante doctrina de esta Sala ha estimado que la pérdida de una pieza dentaria, acarrea una alteración en la facies de la persona, «sobre todo si se trata de incisivos», que debe ser considerada deformidad, sin que sea suficiente argumento en contra que la situación antiestética pueda ser modificada con técnicas quirúrgicas u odontológicas que suponen, en todo caso, costes y sufrimientos físicos y no alteran la inicial existencia de una verdadera deformidad.

c. Modulaciones del Acuerdo del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2002.

El criterio es el de que: «La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP».

Pero este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado.

Este acuerdo supone una manifestación más de que todo enjuiciamiento es un concepto individualizado e individualizable, por tanto, situado extramuros de planteamientos rutinarios que conducen a interpretaciones mecanicistas de la Ley. Será caso a caso como deberá resolverse la cuestión desde la premisa general sentada en el acuerdo de que la pérdida dentaria «es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP» (STS. 837/2004 de 28.6), pero expresa un importante giro interpretativo por lo que supone la flexibilidad del mencionado concepto a tenor de los avances producidos en materia de cirugía plástica y reparadora, mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica (SSTS. 606/2008 de 1, 962/2008 de 17.12).

d. Resoluciones dictadas admitiendo la deformidad o entendiendo que se aplica el art. 147.1 CP.

1. Procedencia de la deformidad:

sentencias 127/2003 de 5.2, 510/2003 de 3.4, 979/2003 de 3.7, 1588/2003 de 26.1, auto 23.12.2004 y 17.2.2005, 1036/2006 de 24.10; 830/2007 de 9.10, 915/2007 de 19.11, 962/2008 de 17.12, 91/2009 de 3.2, 958/2009 de 9.10, 1200/2011 de 18.11, que incluyen dentro del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de incisivos, porque entienden que la ausencia sobrevenida de una de tales piezas dentarias altera notablemente, por su anomalía y visibilidad, la estética del rostro.

2. No procedencia de la deformidad.

Si bien esta Sala, por ejemplo, SS. 2116/2992 de 21.3 (sic), 763/2004 de 15.6, no ha equiparado en todo caso la rotura de un incisivo a su pérdida, porque la rotura, a diferencia de la pérdida, admite grados y es posible que alguno de ellos no generen un defecto estético que merezca la calificación jurídica de deformidad.

La inaplicabilidad del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de piezas dentarias se da en las SSTS. 577/2002 de 14.5, 1079/2002 de 6.6, 1534/2002 de 18.9, 158/2003 de 15.9, 639/2003 de 30.4, 1270/2003 de 3.10, 1357/2003 de 29.10, 546/2004 de 30.4, 394/2004 de 23.3, 836(sic)/2005 de 28.6, 482/2006 de 5.5, 686/2007 de 19.7, 652/2007 de 12.7, 916/2010 de 26.10, 271/2012 de 9.4.

e. Exclusión de la deformidad apreciando la menor entidad y parámetros a tener en cuenta.

Así pues, resulta de todo punto necesario analizar el caso enjuiciado para llegar a las conclusiones que proceden, con examen de las actuaciones directas en orden a comprobar si hubo prueba de cargo capaz de dar vida al tipo aplicado. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refiere la jurisprudencia de esta Sala.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros.

1. En primer lugar la relevancia de la afectación, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasiona, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

2. En segundo lugar las circunstancias de la víctima en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas. Por ejemplo la sentencia de esta Sala 1079/2002 de 6.6, ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir, que se trataba de una pieza «ya deteriorada y recompuesta». Criterio en el que incide la STS. 916/2010 de 26.10, en un caso en que la víctima «tenía la dentadura en muy mal estado y apenas le quedaban cinco piezas en toda la boca... todas ellas en la parte inferior, poco arraigadas o agarradas».

3. Y, en tercer lugar, la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, lo cual impediría la aplicación del acuerdo citado en su formulación general primera, sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado (SSTS. 437/2002 de 17.6, 389/2004 de 13(sic).3, 1512/2005 de 27.12, 390/2006 de 3.4, 830/2007 de 9.10, 19/2008 de 17.1).

En definitiva, para la valoración de estas circunstancias la STS. 271/2012 de 9.4 recuerda que «ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad en los que la pena legalmente determinada resulta desproporcionada».

f. La reparación de la pieza dentaria.

1. Visibilidad y permanencia del defecto.

Hemos dicho en STS. 428/2013 de 29.5, que el concepto de reparación accesible no dificultosa es secundario, ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, y que la pérdida de piezas dentales, especialmente los incisivos, por su trascendencia estética, han sido tradicionalmente valoradas como causantes de deformidad, argumentando básicamente que comporta la presencia de un estigma visible y permanente que, por más que pueda ser reparado mediante cirugía, no dejaría de subsistir, por lo que tiene de alteración de la forma original de una parte de la anatomía del afectado. Por ello los resultados de las lesiones deben ser apreciados en el momento de juzgar, no los de eventuales mejoras determinadas por hipotéticas intervenciones posteriores que, de otra parte, no pueden imponerse a las víctimas (SSTS. 1123/2001 de 13.6, 91/2009 de 3.2).

2. Necesidad de que el Tribunal de enjuiciamiento realice un esfuerzo motivador del caso concreto para apreciar, o no, la deformidad.

Ahora bien, este criterio ha sido matizado por esta Sala partiendo de que la apreciación de la deformidad es normalmente competencia de la Sala de instancia que durante el juicio puede apreciar «in visu» las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales, si bien ello supone un juicio de valor susceptible de revisión en casación, y de que cuando las lesiones han producido la pérdida de una o varias piezas dentarias –supuesto relativamente frecuente– nos encontramos con las consiguientes dificultades para su tratamiento jurídico.

La jurisprudencia valora distintamente la pérdida de las diferentes piezas dentarias. No es lo mismo –a efectos de la calificación jurídica– la pérdida de los incisivos o de los caninos que la de los premolares o molares, como tampoco la pérdida o la rotura de la pieza de que se trate y dentro de esta última surgen también las consiguientes diferencias.

g. Elementos de la deformidad.

Se ha dicho en STS. 389/2004 de 23.3, que el concepto de deformidad se compone de dos elementos que son: 1.– El afeamiento y 2.– La permanencia.

Este criterio se mantiene cuando se trata de la pérdida de alguna pieza dental, si bien la permanencia del defecto no significa que no pueda ser corregido con algún remedio como sería la cirugía estética, cirugía maxilofacial, ortodoncia, implantes, o cualquier otro medio, pronunciándose esta Sala por la irrelevancia para el concepto de deformidad el que sea o no corregible, pero cuando la reparación es sencilla y sin riesgo para la víctima, no es posible aplicar la deformidad, al no concurrir la exigencia de permanencia de la deformidad (SSTS. 348/2003 de 9.4, 639/2003 de 30.4, 1022/2003 de 7.7).

h. Afectación externa visible pese a la intervención médica determinante de la deformidad. Su desestimación en el caso contrario y aplicación del art. 147.1 CP.

En el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo 796/2013 de 31 Oct. 2013, Rec. 256/2013 se recoge que:

«No nos encontramos ante una posibilidad de corrección posterior que no descartaría hipotéticas complicaciones, sino que en el caso, tal como señala la sentencia

impugnada, el tratamiento odontológico ya ha supuesto la restauración íntegra de las piezas afectadas. Siendo así, la existencia de deformidad en el sentido legal sólo podría fundarse en el dato de que la forma original de la región anatómica afectada ha experimentado un cambio debido a una acción externa, pero que tiene actualmente una traducción práctica de la limitada trascendencia de que se ha dejado constancia. Y ello en virtud de una actuación médica que se ajusta en sus particularidades a las exigencias del acuerdo del pleno de esta sala que se ha citado, puesto que no supuso una operación de riesgo y pertenece a un género de intervenciones (desvitalizaciones, implantes) que se practican con total normalidad en régimen de consulta (STS. 1534/2002 de 18.9, 686/2007 de 19.7).

Así en STS. 836/2005 de 28.56(*sic*), pérdida de incisivos con implantación de prótesis sin signos visibles de alteración y sin que se haga referencia a defecto funcional en la masticación.

Pérdida de dos incisivos con posibilidad de ser reparados (STS. 392[*sic*]/2006 de 28.4).

Pérdida de incisivo dental del lado inferior derecho y fracturas parciales de otros incisivos sin dificultades concretas para su reparación odontológica. Tipo básico (STS. 483[*sic*]/2006 de 5.5).

En el caso en cuestión analizado en esta sentencia del Tribunal Supremo se desestimó aplicar el art. 150 CP integrante de la deformidad, y, sin embargo, se aplicó el art. 147.1 CP al señalar que:

«El tribunal de instancia para concluir la subsunción de los hechos en el art. 147 CP, y no en el art. 150, tiene en cuenta los informes médicos y la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, asimismo la observación directa del perjudicado, que como efecto del principio de inmediación, se llevó a efecto en el acto del juicio oral; destacando cómo al perjudicado se le han realizados dos implantes, de forma que no se aprecia visualmente en la actualidad ningún elemento de afeamiento del aspecto físico de su cara. La colocación de dichos implantes no han ocasionado mayores problemas o dificultades que los que se producen normal y habitualmente en este tipo de operaciones odontológicas y desde el momento de su colocación no se han puesto de manifiesto circunstancias que disminuyan o limiten la funcionalidad de las piezas dentales.

Juicio de valor expuesto razonadamente por el Tribunal de instancia y que no puede considerarse arbitrario ni carente de fundamento razonable, máxime cuando la agresión –un solo manotazo en la cara– no revela la intensidad y brutalidad, ni la conducta especialmente grave que se pretende sancionar con el tipo del art. 150 CP».

Se aprecia deformidad.

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 686/2007 de 19 Jul. 2007, Rec. 2066/2006.

En este caso existió una fractura de incisivo lateral y, además, otra del dental, con dos huecos en la parte visible de la boca, pero no se cita intervención médica ni reconstrucción. Se confirmó la deformidad, porque literalmente ésta existía por dejar esos huecos la agresión. (...)

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2443/2001 de 29 Abr. 2002, Rec. 989/2000.

«No cabe considerar el caso enjuiciado como un supuesto de menor entidad, excluyente de la aplicación del subtipo de deformidad, conforme al criterio de la sentencia de esta Sala de 29 Ene. 1996 –que apreció menor entidad en el caso de pérdida de una sola pieza dentaria por un golpe «a manos limpias»– y de la sentencia de esta

Sala de 22 Ene. 2001 –que no estimó deformidad en el caso de rotura de parte de un diente y de una pequeña cicatriz, ambas inapreciables a la vista– y según el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala de 20(sic) Abr. pasado, que entendió que la menor entidad tendría que ponderarse en atención a la relevancia de la afectación, a las concretas circunstancias de la víctima, y a la reparabilidad de la deformidad.

(...)

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1036/2006 de 24 Oct. 2006, Rec. 696/2006.

«Esta Sala ha entendido generalmente que el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior pues la restauración no puede ser obligatoria para el perjudicado y su posible corrección no elimina el resultado típico. En este sentido las STS n.º 389/2004, de 23 de marzo; STS n.º 85/2005, de 7 de febrero, y STS n.º 1512/2005, de 27 de diciembre.

(...)

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 338/2003 de 10 Mar. 2003, Rec. 2326/2001.

«En el presente caso nos encontramos ante un hecho que entendemos encaja en lo que, conforme a dicho acuerdo plenario, ha de considerarse como de ordinaria aplicación del tan repetido art. 150. Como bien dice el Ministerio Fiscal una pérdida de dos incisivos superiores, bien visible por tanto, encaja en el concepto de deformidad simple prevista en tal norma penal. Se trata de un hecho semejante a los previstos en nuestras recientes sentencias de 29 Abr. 2002, 2 Oct. 2002 y 26 Nov. 2002. No nos encontramos ante un supuesto de menor entidad de los expresados en tal acuerdo. No hay ninguna razón para excluir aquí el concepto de deformidad conforme a esos criterios que en el mismo se indican: es relevante la afectación de esa pérdida de los dos incisivos en relación con el aspecto exterior de la víctima. Concretamente existió la deformidad no grave prevista en tal norma penal, en contraposición, por un lado, a la deformidad grave del art. 149 y, por otro, a la de menor entidad que por el mencionado acuerdo habría de encajar en el tipo básico del 147.1».

Conclusión:

De lo expuesto se desprende que la calificación se encuentra estrechamente vinculada a las circunstancias del caso, lo que necesariamente determina que la jurisprudencia de esta Sala oscile en atención a las mismas. Y en este caso concreto debería estimarse este motivo en torno a las siguientes circunstancias:

1. No existe en la argumentación del Tribunal ninguna explicación en torno a las consecuencias negativas de la fractura y posterior intervención en orden a la fijación de los parámetros del afeamiento y permanencia. Se limita a destacar que hubo intervención médica y que la secuela es la misma reconstrucción, pero sin precisar si existe permanencia de la visibilidad de la diferencia en la boca entre la situación precedente y la posterior.

2. No existe motivación alguna en la sentencia al apreciar la deformidad en torno a si la intervención conllevó a un riesgo para la víctima y a la gran entidad de la reparación o sus consecuencias para la víctima.

3. No existe ninguna motivación acerca de las dificultades concretas para su reparación odontológica.

4. No existe ninguna motivación acerca de si se han puesto de manifiesto circunstancias que disminuyan o limiten la funcionalidad de las piezas dentales.

5. No existe ninguna motivación acerca de si, en razón a la inmediación en el juicio se puede apreciar «*in visu*» las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales.

6. No existe ninguna motivación acerca de la exigencia de permanencia de la deformidad.

7. No existe ninguna motivación acerca de si se trató de una posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios.

8. No existe ninguna motivación acerca de la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

9. No existe ninguna motivación acerca de la existencia de anomalía y visibilidad, que afectan a la estética del rostro.

Es decir, fijados estos nueve factores debemos concluir en el examen sistemático para la apreciación de la deformidad del art. 150 CP en el caso de afectación a piezas dentarias, que el Tribunal debe realizar un esfuerzo motivador acerca de estas circunstancias en el análisis concreto del caso y valorar cada una de ellas para determinar la concurrencia de la deformidad del art. 150 CP, o, en su defecto, aplicar el art. 147.1 CP, analizando en cada caso todos y cada uno de los parámetros que se han explicitado.

Y en el presente caso no concurren los exigentes para apreciar la deformidad del art. 150 CP en el caso de piezas dentarias, porque el Tribunal se limita a señalar que se trató de una fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción del incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente dicha reconstrucción.

(STS 184/2019, de 2 abril)

ARTÍCULO 153 CP

Violencia de género: enfoque desde perspectiva de género de los supuestos de agresiones sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja. Dos manotazos en cada mejilla de la cara y con ambas manos a mujer que es su pareja cuando estaba en el suelo en mal estado, no adoptando otras soluciones de ayuda, sin que sea válida la excusa que la agresión era para reanimarla.

No es válido asumir el empleo de la agresión ni la reacción de la fuerza en el contexto de la relación de pareja. De ser así hay violencia de género.

Así pues, no podemos admitir «en ningún escenario» que la vía del empleo de la fuerza y la violencia sea la metodología a emplear para resolver cualquier situación o incidencia que pueda surgir en la pareja.

El empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación, salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión.

Y en este caso concurren los dos elementos que el juez de lo penal tuvo en cuenta en este caso, a saber:

a. Relación de pareja entre sujeto activo y pasividad del delito y b. El hecho de una agresión de él a ella dándole dos tortazos «para reanimarle» se recoge en la sentencia revocatoria de la condena.

No puede admitir, por ello, este Tribunal en ningún caso que podamos legitimar el uso de una agresión y la violencia como vía para arreglar una situación, cuando si, en realidad, el autor de la agresión vio alterada a su pareja debió utilizar otros métodos ajenos al empleo de la violencia. Además, el hecho probado lo que describe son «dos tortazos» en ambas mejillas de la víctima y con las dos manos del autor. Si, en verdad, la vio en un estado preocupante lo que tenía que haber hecho es haber requerido los servicios de una ambulancia que pudiera intervenir con personal médico profesional que pudiera atender a la víctima, y no darle dos tortazos «para reanimarle», que es lo que sostiene el Tribunal para dictar una sentencia absolutoria. El argumento expuesto por el Tribunal es insostenible y alejado de la reciente doctrina de la Sala.

El juez de lo penal que es ante quien se ha practicado la prueba destaca con rotundidad, concreción y claridad que el autor de la agresión le da a su pareja «dos tortazos de considerable entidad». Y, además, uno en cada mejilla y con sus dos manos, lo que excluye cualquier excusa que pudiera tener el autor para usar la violencia como causa de justificación ante la conducta de la víctima. Incluso rechazó la intervención de la ambulancia, que era lo que debió hacer y no agredirle, señalando «que le iban a cobrar el desplazamiento», ante lo cual su solución fue agredir a su pareja con las dos manos.

Esta Sala del Tribunal Supremo no puede admitir en ningún caso que el empleo de la violencia sea el argumento por el que deben resolverse los problemas que pueden existir en una pareja. Ni violencia verbal, ni física, porque, en ningún caso, cualquier tipo de violencia puede utilizarlo su autor como bandera de una causa de justificación concreta bajo la que pretenda articular un cambio de conducta o reacción de su pareja. Y mucho menos con la excusa o causa de justificación de que lo hace para «reanimarle», ya que el empleo de la violencia o de la fuerza no es nunca causa de justificación.

Con ello, tanto la violencia verbal como la física deben desterrarse de la sociedad, pero más aún en el contexto de la relación de pareja, donde si, en realidad, el que agrede quisiera ayudar a su pareja debe recurrir a infinidad de soluciones alternativas ajenas y distintas al empleo de la violencia.

2. Si existe probada agresión, aun sin causar lesión, es constitutivo del tipo penal del art. 153.1 CP, y si se agreden ambos la mujer lo será del art. 153.2 CP. Ni la alternativa de la absolución, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.

Esta Sala del Tribunal Supremo no puede avalar, tampoco, que pueda ampararse la agresión que se describe en los hechos probados como método para «reanimar» un hombre a su pareja, ni a la inversa tampoco, pero porque esa interpretación es desproporcionada e irracional, como se ha expuesto, y en la medida en que no tuvo que llevar a cabo esa conducta que, al menos, está incluida y subsumida en el tipo penal del art. 153.1 CP. Y no se trata de un derecho penal de autor, sino que en el contexto de las relaciones de pareja el empleo de la violencia no puede utilizarse como «asidero» justificativo de la línea argumental que pretenda realizar uno de los miembros de la misma, siendo condenados ambos por maltrato si existe una agresión mutua, como ya destacamos con detalle en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018 de 20 Dic. 2018, Rec. 1388/2018, por cuanto la solución penal ante las agresiones no puede ser la absolución, o la degradación a delito leve, cuando los hechos probados encuentran perfecto acomodo penal en el art. 153 CP. Ni la alternativa de la absolu-

ción, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.

(...) 4. El rechazo del legislador a la agresión como causa de justificación ante determinadas conductas de la víctima. No hay causa de justificación ante el maltrato.

La evolución actual de la sociedad y la civilización en el contexto internacional destierran radicalmente estas conductas del escenario del hogar y de cualquier escenario, de tal manera que evita que se puedan recurrir a conductas violentas, sean del grado que sean, para resolver los problemas que puedan existir. Y para modular el reproche penal que pueda corresponder a hechos menos graves, incluso el legislador introduce subtipos atenuados que permiten al juez modular la pena atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuando el Juez o Tribunal aprecien los hechos elementos que permitan imponer una pena menor.

Pero lo que está claro es que no es posible que estas circunstancias, como las que constan en los hechos probados, permitan al Tribunal acudir a la absolución en lugar de hacerlo al reproche penal del precepto aplicable al caso concreto y modular la pena por medio de subtipos atenuados, o en base al proceso de individualización judicial de la pena que permite el art. 66 CP.

(...) 6. Referencia al contenido del Convenio de Estambul ratificado por España por Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de Junio de 2014).

Es preciso destacar la vigencia en España del Convenio de Estambul por ser derecho interno, a fin de poner de manifiesto que deben desterrarse todo tipo de conductas violentas ejercidas contra la mujer por medio de sus parejas o ex parejas, no admitiéndose «bajo ningún contexto» cualquier tipo de causa de justificación que pueda alegarse por el autor de la agresión, para tratar de ampararse en razones personales que le avalen en el hecho de golpear o maltratar a una mujer. (...) En consecuencia, dado que se trata de desterrar «cualquier tipo de violencia física que se ejerza sobre la mujer», el hecho probado relata una clara agresión física que tiene cabida y ubicación tipificadora en el art. 153.1 CP sin precisarse una determinada intención de lesionar no exigida en el citado Convenio, ni en el precepto que el legislador de la LO 15/2003 introdujo en nuestro Código Penal.

(...) 9. El enfoque de la perspectiva de género con la que deben enfocarse estos supuestos donde concurre una agresión sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja.

Ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo que este tipo de casos deben enfocarse con la debida «perspectiva de género» con la que deben tratarse los supuestos de agresión en el seno de la pareja. Porque agresión es la conducta del condenado por el juez penal, al golpearle con ambas manos en las dos partes de la cara de la víctima; reacción absolutamente inasumible en el contexto de una pareja o ex pareja, y en cualquier contexto de las relaciones humanas, porque no es un acto que pueda justificarse en ningún escenario. El ejercicio de la violencia es rechazable en cualquier contexto, y si es en la relación de pareja serán constitutivo de violencia de género si es agresión del hombre a la mujer y doméstica a la inversa, o en el seno del hogar. Pero en ninguna de estas situaciones puede justificarse la violencia como método o línea argumental para justificar decisiones o reacciones de las personas. Ni está justificado en el derecho de corrección que está ya derogado, ni en ningún otro contexto puede operar como justificación de conductas. Porque justificar el ejercicio de la violencia es la desnaturalización del ser humano que vive en sociedad. Y justificarla en el seno de la pareja supone perpetuar la dominación del hombre sobre la mujer, poniendo en su defensa del uso de la violencia, «razones» para ejercerla.

Así, la perspectiva de género como línea argumental de rechazo de la violencia como causa de justificación es, también, la herramienta que debe utilizarse para deterrar comportamientos de dominación donde operan estas justificaciones de la violencia para someter a la víctima a un estado de permanente subyugación que se ejerce por la vía instrumental de la argumentación del empleo de la violencia como vía para sostener el mantenimiento de la desigualdad.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 señalamos que ante un caso de tentativa de asesinato de un hombre sobre su pareja en su hogar, debe enfocarse «en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja».

Y en la sentencia de esta Sala 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 en otro caso de tentativa de asesinato, también se recuerda que «se debe aplicar este caso con perspectiva de género en un intento del recurrente de acabar con la vida de su ex pareja y a sabiendas de que allí estaba su propio hijo, lo que agrava aún más el escenario criminal y la percepción que esa escena le supone y le supondrá para toda su vida al menor, lo que agrava el acto y la perversidad de su ejecución, lo que entra de lleno en la proporcionalidad de la pena».

Recuerda la doctrina en este contexto que la expresión violencia de género tiene su origen en el término inglés *gender-based violence* o *gender violence* formulado en la ya citada Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 y que en su Declaración 118 recogía que «la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad».

Estas situaciones de agresiones de hombres sobre mujeres, y más aún en el contexto de la relación de pareja deben afrontarse con la necesaria perspectiva de género, que, al decir de la doctrina especializada en la materia, y en su enfoque desde el derecho, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres.

La perspectiva de género, o *gender mainstreaming approach*, incide en la forma de enfocar la violencia en pareja, y desde el análisis de que la violencia de género, al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género en la relación de pareja se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa una de las formas más extremas de desigualdad de género y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación a sus derechos humanos. La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o

subordinación femenina. Y en este contexto de los hechos probados debemos recordar que es cuando la víctima estaba en el suelo en un mal estado personal cuando recibe del agresor los dos bofetones en la cara, suponiendo un claro acto de agresión en una relación de pareja, no siendo exigible la causación de una lesión para su tipicidad penal.

El enfoque con el que debe realizarse este análisis de casos como el presente se enraíza desde la perspectiva de género en razón a la necesidad de que todas las formas de subordinación femenina sean eliminadas.

Los actos de agresión en el seno de la pareja o ex pareja enfocados desde una perspectiva de género, y frente a alegatos, como el aquí expuesto, de que quería «reanimarle de su estado» suponen dejar claro que el propósito subyacente del autor es el de degradar o el abuso de poder como elemento constitutivo de los delitos de género. Y conste que hemos fijado que no se exige el elemento intencional para entenderse cometido el delito, debido a que solo se exige la agresión objetivable, pero la misma agresión anudándola a una «justificación de la agresión» supone, desde una perspectiva de género, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre al utilizarse el instrumento de la fuerza y la agresión para subyugar a la víctima a las decisiones del autor de la agresión. Porque en el fondo, la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.

Recordemos que cuando se aprobó la LO 1/2004 la doctrina destacó, a la hora de tratar el ámbito competencial de los Juzgados de violencia contra la mujer, que lo que sustenta la regulación especial de esta materia no es cualquier tipo de violencia, sino únicamente la que se derive «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», cuestión ésta que no es mera descripción retórica, sino muy importante para la delimitación del concepto de «violencia de género», el cual debe ser enfocado desde esta «perspectiva de género» para poder analizar y entender de lo que estamos hablando.

Además, la doctrina señala al respecto que la «perspectiva de género» ha sido declarada conforme a la Constitución por varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos tras la STC 59/2008, de 14 de mayo, legitimándose en dicha instancia el subsistema penal de género.

Se ha señalado, también, que el tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer. Así, se trata de diferencias de origen social, adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables. Y es con fundamento en ellas, cuando en función del sexo se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer, convirtiéndose así las diferencias sociales en diferencias de género. Se origina de esta forma un tratamiento discriminatorio de las víctimas de violencia de género fruto de estas desigualdades que no tiene su base en posiciones de igualdad, sino en la más absoluta de las desigualdades no sólo sociales, sino también otras relacionadas como la económica o la educacional.

(STS 217/2019, de 25 abril)

ARTÍCULO 177 BIS CP

Trata de seres humanos: el engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no cierto y consistente en ofertas de trabajo legítimo en el servicio doméstico, en establecimientos comerciales o como modelos y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Compatibilidad concursal con el art. 318 bis CP.

En la sentencia de esta Sala 214/2017, de 29 de marzo, se subrayan como elementos típicos de la conducta criminal de la trata de seres humanos, que son destacados por la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas contra la droga y el delito), y que se perciben en las sucesivas fases en las que se articula la trata:

i) Fase de captación. La primera fase del delito de trata de seres humanos consiste en una inicial conducta de captación, que consiste en la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación, lo que equivale al reclutamiento de la víctima. En esta fase de captación o reclutamiento, se utiliza habitualmente el engaño, mediante el cual el tratante, sus colaboradores o su organización articulan un mecanismo de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su «enganche» o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. El engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la fase de traslado e inicialmente en los lugares de explotación, aunque pronto se sustituye o se combina con la coacción.

La coacción implica fuerza, violencia o intimidación para que las víctimas acepten las condiciones impuestas. Los tratantes utilizan este medio sobre las víctimas mediante diferentes elementos generadores: la amenaza de ejercer un daño directo y personal a la víctima o la de afectar a sus familiares o allegados que se quedan en el país de origen es una de las más frecuentes. La aportación de documentación, y su sustracción, tienen un papel determinante en la trata: los documentos de identidad y viaje (pasaporte, etc.) son falsificados con frecuencia, y en cualquier caso retenidos por los tratantes o sus colaboradores para dificultar la fuga de las víctimas.

ii) Fase de traslado. Ocupa el segundo eslabón de la actividad delictiva en la trata de seres humanos. El traslado consiste en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible (incluso a pie). La utilización de la expresión traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del «desarraigo», que es esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata. El traslado puede realizarse dentro del país, aunque es más habitual con cruce de fronteras.

El desarraigo consiste en que la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita, cortando así los vínculos afectivos que tiene con ellos mediante el uso de fuerza, la coacción y el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar unas condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, con mucha frecuen-

cia, de sus documentos de identidad y viaje, así como de otras pertenencias que la relacionen con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos.

iii) Fase de explotación. Consiste en la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, incluidos actos de pornografía o producción de materiales pornográficos. El Protocolo de Palermo de 15 de diciembre de 2015 se refiere como finalidad de la trata de seres humanos a la explotación de la prostitución ajena, a otras formas de explotación sexual, a los trabajos o servicios forzados, a la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre o a la extracción de órganos.

De otra parte, en cuanto a la tipificación del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis del Código Penal (redacción de LO 1/2015, de 30 de marzo), comprende las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar. Y como medios de ejecución tipifica el referido precepto la violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, y la entrega o recepción de pagos o beneficios. Complementándose el cuadro tipificador con los fines de imposición de trabajos o servicios forzados, explotación sexual, realización de actividades delictivas, extracción órganos corporales y celebración de matrimonios forzados.

En cuanto a los bienes jurídicos que tutela la norma penal es indiscutible que se centran en la libertad y la dignidad de las personas. Y hay acuerdo también en la jurisprudencia y en la doctrina en considerar como conceptos estrechamente vinculados a la interpretación del tipo penal el traslado, el desarraigo, la indefensión, la cosificación y la comercialización de las víctimas.

En lo que respecta al delito de inmigración ilegal, tipificado en el art. 318 bis del Código Penal, se afirma en la STS 385/2012, de 10 de mayo, que la doctrina tiene también declarado que debe entenderse por inmigración ilegal la que se produce con infracción de la normativa reguladora del tema, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudirse a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada. Y es que ha de excluirse el error de partida de identificar la inmigración ilegal con la entrada ilegal en nuestro país.

Y en lo que se refiere al bien jurídico que tutela el art. 318 bis del Código Penal, esta Sala lo ha fijado en el interés social de controlar los flujos migratorios y en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España (SSTS 569/2006, de 19-5; 153/2007, de 28-2; 770/2007, de 19-9; 801/2007, de 29-9; y 823/2007, de 15-10).

En el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se dice que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el art. 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las

formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del art. 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los arts. 313.1 y 318 bis. 2.

Y en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se expone que «resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias».

Por consiguiente, a partir de las reformas penales de 2010 y 2015 todo apunta de forma clara a que el tipo penal del art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado –y de la Unión Europea– en el control de los flujos migratorios. Se reconoce así que el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o supraindividual y quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del art. 177 bis del texto punitivo, lo que explicaría la drástica reducción de pena que se percibe en la última redacción del art. 318 bis del Código Penal.

De todas formas, la nueva restricción del bien jurídico que tutela el art. 318 bis va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables.

Así pues, tras la tipificación del delito de trata de seres humanos en la LO 5/2010, de 22 de junio como delito autónomo, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis Código Penal) y la trata de personas (art 177 bis Código Penal) ha sido confusa en nuestro derecho positivo, tal como recuerda y precisa la sentencia de este Tribunal 214/2017, de 29 de marzo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y en ocasiones se ha sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas

entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que incrementó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual.

En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino.

La segunda gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas.

Y una tercera diferencia –según la precitada sentencia de este Tribunal 214/2017, de 29 de marzo– se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una hetero-integración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

4. Declara la STS 108/2018, de 6 de marzo, que el artículo 318 bis.1 Código Penal, sanciona a quien directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y, en consecuencia, se sanciona con una pena muy inferior las conductas que consisten en ayudar intencionadamente a alguien que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Como se decía en la STS 188/2016, de 4 de marzo, «lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios». No obstante, el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan

apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica. En este mismo sentido, se prevé la no punibilidad cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria. Y en la misma línea la agravación de la pena cuando se ponga en peligro la vida de las personas que sean sujeto pasivo de la infracción o se hubiere creado el peligro de causación de lesiones graves.

(...) La STS 77/2019, de 12 de febrero de 2019, con respecto a este delito de trata de seres humanos, nos dice que se cometen tantos delitos como víctimas. No es posible considerar un único delito (Acuerdo Plenario del Tribunal Supremo de 31/05/2016) ni un delito continuado. En efecto, esta Sala en la Sentencia 538/2016, de 17 de junio, al analizar cuál debía ser la interpretación del art. 177 bis del Código Penal en punto a la concurrencia de más de una víctima, esto es, si el meritado delito comprende un sujeto pasivo plural, o bien hay tantos delitos cuantas víctimas lo sean del mismo, señaló que «esta cuestión, por su novedad, fue llevada a Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, en donde se llegó al siguiente Acuerdo: «El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real».

La propia STS 77/2019, de 12 de febrero de 2019, declara que el delito de trata de seres humanos no absorbe delito de inmigración ilegal.

Es doctrina también de esta Sala Casacional (STS 420/2016, de 18 de mayo), al analizar el delito de trata de seres humanos, tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal, que «se trata de un delito de intención o propósito de alguna de las finalidades expresadas en su apartado 1.º, lo cual significa que basta aquél para su consumación sin que sea necesario realizar las conductas de explotación descritas que podrán dar lugar en su caso a otros tipos delictivos, lo que expresamente prevé el legislador en la regla concursal que incorpora en el apartado 9.º del artículo 177 bis».

Con la STS 144/2018, de 22 de marzo, podemos decir que la tipicidad de la conducta consistente en colaborar desde el extranjero con el principal acusado que reside en España y planifica y dirige desde el territorio español los delitos que se perpetran con respecto a la víctima nigeriana, compete su enjuiciamiento a la jurisdicción española.

Y desde el plano de la consumación delictiva, la STS 108/2018, de 6 de marzo, nos recuerda que se desprende sin dificultad de la descripción típica, que el delito puede cometerse en varios momentos, desde la captación hasta el alojamiento, pudiendo concurrir cualquiera de los elementos exigidos, es decir, la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de cualquiera de las situaciones mencionadas, en cualquiera de los citados momentos temporales, siempre que conste la finalidad típica.

Igualmente, enfatiza la STS 214/2017, de 29 de marzo, que la mecánica delictiva propia de la trata de seres humanos con destino a la explotación sexual, cosifica a las mujeres víctimas y las humilla y veja con toda clase de maltratos, incluida la violencia, la agresión sexual y, si llega a plantearse, el aborto forzado.

También hemos declarado que en el delito de trata de seres humanos se requiere que el autor conozca la situación precedente de la captación de la víctima, y englobe su conducta en alguno de los verbos típicos de la acción. Y además que el delito no desaparece hasta que no concluya la vulnerabilidad, amenaza o intimidación a la víctima (STS 191/2015, de 9 de abril).

(STS 396/2019, de 24 julio)

ARTÍCULOS 178 Y 179 CP

Agresiones sexuales: lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, más que la reacción de la víctima frente a aquélla

El recurrente sostiene que no existe fuerza o intimidación, lo que atraería la calificación hacia los abusos sexuales. Pero el Tribunal, tras describir que en la primera fase antes descrita fueron abusos con prevalimiento de superioridad, después pasaron a convertirse en agresiones sexuales con penetración, cometidas con la intimidación descrita, por un lado, y con el inalterado prevalimiento por otro, en ese marco de superioridad sobre ella que, a pesar del transcurso del tiempo, por no variar el resto de las circunstancias comentadas, se mantuvo intacto.

(...) El Tribunal ha descrito con detalle lo que denomina el clima coercitivo que viene a ser determinante de que se consideren los hechos constitutivos de agresión sexual, y no de meros abusos sexuales.

(...) Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar «intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores», debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.

Pero en estos casos, el vencimiento psicológico de los menores para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o *psychological intimidation* del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.

Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se denomina *Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence* y que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.

De esta manera, la *emotional violence* anglosajona, o «violencia emocional», es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea «evidente» ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa «violencia emocional» de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocu-

rrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como *sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way*; es decir, la coerción sexual como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como «intimidación», y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una «fuerza no física», sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito, y más cuando se trata de menores de edad.

No puede, así, admitirse la alternatividad que propone el recurrente de una continuidad delictiva de abuso sexual, suprimiendo la concurrencia de la intimidación, porque los actos intimidatorios quedan perfectamente reflejados en los hechos probados mediante las expresiones amenazantes del condenado a la menor y que producen a las mismas alto grado de credibilidad y convicción de la realidad de las amenazas proferidas y probadas, pese a ser cuestionado, dado que el miedo puede llegar a exponerse que es subjetivo, pero la coerción psicológica que se produce en un sujeto pasivo de una agresión sexual puede objetivarse en base a:

1. Desarrollo de los acontecimientos en su forma de ejecución.
2. Lugar en el que se producen, lo que en el seno del hogar, esa amenaza afectante personalmente y a su entorno familiar le produce un alto grado de credibilidad, teniendo en cuenta la menor edad de las víctimas de este delito.

En este sentido, los actos realizados en un lugar de donde es difícil la huida en un contexto de intimidación psicológica, coadyuvan a la situación de «vencimiento» de la víctima si en el contexto del acto de compeler a la voluntad de ésta no ve que pueda evitar el ataque sexual, lo que en el caso de menores en el hogar y bajo la existencia de amenazas encierra el contenido intimidatorio por el que el recurrente ha cometido los hechos.

3. La intimidación empleada en los delitos de agresión sexual a un menor de edad no ha de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal. En este caso, la amenaza proferida y que llega a la convicción del Tribunal es suficiente para el contexto general de intimidación que se llevó a cabo y en una progresión delictiva continuada en el caso de la menor.

4. La intimidación en los delitos sexuales a menores conlleva que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. Pero nótese que ello es especialmente particular en el caso de los menores de edad en el seno de una actitud intimidante desde el punto de vista psicológico.

No se trata solo de que el autor del delito le obligue a realizar una conducta, porque el concepto de «obligación» no es por sí solo intimidante, ya que se requiere algo más, y en este caso va acompañado de una amenaza que la menor ve como seria, que es cuando provoca la intimidación, porque el carácter intimidante no debe ser visto ad

extra, sino *ad intra*, es decir, desde el grado de intimidación que la conducta del autor del delito provoca en el sujeto pasivo del delito, y entenderse, también, como suficiente para conseguir y provocar un miedo o temor a la víctima de que algo malo pueda ocurrirles ante la negativa.

5. Debe tenerse en cuenta que junto a la propia amenaza concurre en estos casos la objetividad que proporciona la diferencia de edad entre autor del delito y víctimas, lo que les sitúa en una posición que, sin embargo, exige de actos intimidantes objetivos que se realicen por medio de la amenaza creíble para las víctimas, ya que por sí solo esa diferencia de edad no provoca la intimidación, pero que coadyuva a ello en el contexto de la propia amenaza.

6. En la «intimidación», *vis compulsiva* o *vis psíquica*, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

7. La intimidación ha existido en este caso al margen de la menor edad de la menor, ya que se ha constatado una exteriorización de las amenazas a la misma de llevar a cabo un mal que es perfectamente creíble y para causar daño psicológico sobre un mal inminente de contar lo sucedido y/o alterarlo en perjuicio de la menor, incluso haciéndola a ella responsable de lo ocurrido, cuando es la víctima, lo que ha integrado el convencimiento del Tribunal respecto a la amenaza proferida y creíble y que ha influido en la credibilidad de la víctima, con independencia de la edad, y dentro de la capacidad de conseguir el vencimiento psicológico del sujeto pasivo.

8. Los hechos probados denotan y revelan una clara situación de intimidación relatando los actos de amenazas en los actos llevados a cabo. Pero, es más, el clima vivido era amenazante y que llega al convencimiento de la víctima de la posible, cierta y real ejecución de la amenaza en el caso de negativa, lo que objetiva la intimidación y no la hace meramente subjetiva por el sujeto pasivo. Es esta objetivación de la intimidación lo que se desprende de los hechos probados.

Además, existe idoneidad en la amenaza para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, y que en este caso la «idoneidad» de la amenaza es notoria y constatada, así como creíble, como se ha esforzado el Tribunal en reflejar en su sentencia, por lo que la tipificación como agresión sexual es la correcta. Existe intimidación concurrente en la ejecución de los delitos.

(STS 332/2019, de 27 junio)

ARTÍCULO 179 CP

Agresión sexual: delito continuado; inaplicable la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima, existiendo tantos delitos como penetraciones realizadas.

La naturaleza jurídica de la agravación específica consistente en «cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas», ha sido evaluada por la doctrina del Tribunal Supremo, explicando, como recoge la STS de 24 de noviembre de 2009, que la circunstancia encuentra su razón de ser «no tanto en el acuerdo previo,

sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación».

La jurisprudencia consolidada de esta Sala, de la que la sentencia indicada es expresión, refleja así que lo relevante para la aplicación de la agravación específica que contemplamos no es el acuerdo previo, que puede no ser concurrente, sino la existencia constante la comisión de los hechos de una comunidad de decisión o una confluencia de voluntades de que todos los que están presentes van a contribuir de manera eficaz al acontecimiento causal descrito en el tipo penal. Es esta comunión la que incrementa el desvalor de la acción, pues introduce una acusada superioridad que asegura el designio criminal, al intensificar la intimidación y disminuir la capacidad de respuesta de la víctima; además de observarse un mayor desvalor del resultado ante la pluralidad de personas que presencian la conducta sexual, atentando de manera objetiva contra el pudor de la víctima, como valor moral y espiritual reconocido en el art. 10.1 CE.

2. Son delitos de propia mano aquellos en los que las propias características del acontecimiento externo que se describe en el tipo penal, limitan el círculo de individuos que están en situación de ejecutar materialmente la acción prohibida. El resto de los individuos que puedan intervenir en la ejecución de los hechos (extraños), podrán ser partícipes de este como cooperadores necesarios o cómplices, pero no podrán ser ni coautores, ni autores mediatos. Un ejemplo característico de delito de propia mano es el delito de falso testimonio, en el que solo quien actúa ante el órgano jurisdiccional en virtud de un llamamiento de colaboración con la justicia puede realizar la acción descrita en los correspondientes tipos penales. Delitos de propia mano que se diferencian de los delitos especiales en que, en estos, es la Ley la que delimita el círculo de posibles autores exigiéndoles que estén en posesión de determinadas cualidades personales, como la de ser funcionario o autoridad.

(...) Son numerosas las sentencias de esta Sala que, sin especial análisis de la diferenciación entre ambos conceptos, proclamaban que esta participación auxiliar determinaba una responsabilidad como autor por cooperación necesaria, aun cuando alguna sentencia más específica (al evaluar la comisión de estos delitos en grado de tentativa) negó expresamente que el tipo penal tuviera la condición de delito de propia mano y consideró que el reproche era alcanzable en plenitud a los coautores y a los autores mediatos. Según la STS de 5 de marzo de 1985: «no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia»; añadiendo, por otro lado, que no se percibía razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento.

La entrada en vigor del actual Código Penal favorece la consideración de aquellos sectores doctrinales que destacan que el actual artículo 178 sanciona: «El que

atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación», estableciéndose un subtipo agravado en el artículo 179». Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías». La descripción del hecho típico, por exigir solo la transgresión de la libertad sexual de la víctima mediante violencia o intimidación, sería susceptible de comisión por cualquier persona (art. 178), lo que tampoco se modifica en los supuestos en los que el ataque consista en el acceso carnal, o en la introducción de miembros corporales u otros objetos (art. 179), al no describirse ninguno de estos hechos como algo necesariamente propio.

De este modo, se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores –coautores materiales– todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación.

3. La sentencia de instancia ha condenado a los recurrentes como autores de un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, y si bien la calificación no es objeto de impugnación, razón por la que debe ser mantenida por este Tribunal, sí presenta interés para la resolución final de la cuestión que plantea el presente motivo.

La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que para que pueda apreciarse el delito continuado es preciso que concurren una serie de requisitos. Desde la consideración de la conducta objetiva, se exige la concurrencia de: a) Una pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) La realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicadoras de su falta de autonomía; c) La unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado sea el mismo en todas ellas; d) La unidad de sujeto activo y e) La homogeneidad en el modus operandi por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (SSTS de 1 marzo y 6 noviembre de 1995; de 2 octubre 1998; 1103/2001, de 11 de junio; 749/2002, de 21 de octubre o 1216/2006, de 11 de diciembre). Desde la consideración de su elemento subjetivo, el delito continuado precisa de la concurrencia de un dolo unitario que transparente una unidad de resolución y propósito. Este dolo unitario el que da unión a la pluralidad de acciones comisivas y permite que pierdan su sustancialidad, posibilitando con ello que cada comportamiento aparezca como la ejecución parcial de un designio final único (SSTS 2018/01, de 3 de abril de 2002; 657/2012, de 19 de julio o 890/2013, 4 de diciembre).

No obstante ello, en atención a la naturaleza del hecho y de conformidad por lo contemplado por el legislador en el artículo 74.3 del Código Penal, la jurisprudencia ha sustentado una aplicación restrictiva del delito continuado respecto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando los hechos sean claramente discernibles. En lo que aquí nos ocupa, respecto de la reiteración de los hechos típicos, la jurisprudencia ha rechazado la continuidad delictiva en aquellos casos en que el sujeto activo hubiera empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual (SSTS 127/98, de 2 de febrero; 140/2004, de 9 de febrero). Además, en lo que hace referencia a supuestos en los que sean varios los acusados y cada uno de ellos haya consumado una penetración y, con intercambio de roles, haya participado en actos de violencia o intimidación tendentes a lograr que el resto de acusados pudieran consumir sendas penetraciones que por sí mismas integren un delito de violación, la

Sala ha proclamado que no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, tanto porque su naturaleza permite apreciar la individualidad de cada una de las agresiones, como porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos. La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima en los términos contemplados en el artículo 179 del Código Penal.

Así lo expresa la STS 998/2007, de 28 de noviembre, que precisaba: «Los ataques violentos a la libertad e indemnidad sexuales presentan características que los hacen ordinariamente identificables e individualizables respecto de otros similares, aun cuando se hayan cometido contra la misma persona. La intensidad de cada agresión como acción que lesiona un bien jurídico eminentemente personal y de gran valía para el ser humano, se refleja en la gravedad de las penas previstas por el Código Penal. Congruentemente, la jurisprudencia ha entendido en la mayoría de los casos y salvo supuestos muy excepcionales, que cuando se trata de agresiones sexuales, y muy especialmente cuando se trata del delito de violación, no es posible apreciar la continuidad delictiva».

Aclara además la indicada sentencia que, «con mayor razón se exceptúan los casos en los que son distintos los sujetos activos, pues el delito continuado se concibe como un supuesto de concurso real basado en la reiteración de la conducta por parte del mismo sujeto, y no en la agrupación de acciones u omisiones ejecutadas por distintos sujetos activos. En el caso, cada uno de los otros dos recurrentes ejecuta actos que por sí mismos integran un delito de violación. Como tales, no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, no solo por su naturaleza que permite apreciar su individualidad, según antes se expuso, sino también porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos».

4. Conforme a lo expuesto, si por un lado se considera autor material de un delito de violación a cada uno de los partícipes que ostenta el dominio funcional del hecho, siempre que durante la ejecución realice aportaciones esenciales para la consumación, incluyendo en ellas la violencia o intimidación desplegadas para imponer a la víctima la actividad sexual que rechaza (art. 28 párrafo 1 CP); y si, por otro lado, las penetraciones alcanzadas por distintos sujetos activos son integrantes de sendos delitos independientes de agresión sexual; puede concluirse que en los supuestos de agresiones sexuales múltiples en los que cada uno de los coautores consuma una penetración y, con intercambio de roles coopera a que sus acompañantes consumen una actuación semejante, el partícipe no solo es autor de aquella, sino coautor material de cada una de estas otras. De este modo, no existe ningún inconveniente para la apreciación de la agravante específica del artículo 180.1.2.^a del Código Penal respecto de toda una serie de delitos en los que se constituye como su autor en un sentido estricto.

5. La jurisprudencia de esta Sala –ordinariamente– ha seguido la tradicional consideración de entender cooperador necesario a quienes participan en los actos de violencia o intimidación dirigidos a quebrar la libertad sexual de una persona, cuando no han sido los ejecutores materiales de la penetración contemplada en el artículo 179 del Código Penal y su intervención buscaba facilitar la consumación por alguno de los acompañantes.

Las SSTS 638/2005 de 2 de junio; 938/2005 de 12 de julio; 1291/2005, de 8 de noviembre o 1142/2009, de 24 de noviembre, entre muchas otras, proclaman que en casos de coparticipación de intervinientes que actúan en el doble concepto de autor material de sus propios actos y partícipe por cooperación en los actos de los otros, la aplicación del subtipo agravado de actuación en grupo incidiría directamente en la calificación del hecho. Contempla que en tales casos se aprecia la comisión de dos

delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, por lo que la cualificación por el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2.ª CP), vulneraría el principio *non bis in idem* respecto del delito derivado de su autoría por cooperación, dado que la cooperación necesaria supone una participación en el hecho de otro e incorpora necesariamente la actuación de las dos personas que la cualificación contempla. La indicada jurisprudencia entiende que, en los casos en los que existe una cooperación necesaria a agresiones sexuales en grupo, cada persona debe responder de su propia agresión sexual cualificada, así como de la de aquel con el que hubiese cooperado, si bien esta sin la concurrencia del subtipo previsto en el n.º 2 del art. 180 por la incompatibilidad expuesta.

La doctrina se ha visto muy matizada por otras resoluciones de esta Sala. Así la STS de 23 de mayo de 2008, frente a quienes, condenados por varias violaciones en tentativa, rechazaban su condición de coautores de aquellas en las que el acceso fue ajeno, se manifestó que: «no cabe duda de que la mujer estuvo prácticamente en poder de los tres partícipes y de que realizaron actos típicos de agresiones sexuales sobre ella, sin perjuicio de otros actos, aprovechando la situación de superioridad que el número les permitía. Por lo tanto, todos son autores de las acciones de agresiones sexuales a las que los demás cooperaron. De esta manera se comprueba que el hecho probado, en la medida en la que describe los comportamientos de los partícipes es claro. La subsunción de los hechos a los efectos de la participación criminal es correcta, aunque la sentencia no sea todo lo clara que es deseable en cuanto a su argumentación jurídica. La jurisprudencia viene insistiendo en numerosos precedentes en que el delito de agresiones sexuales con acceso carnal no es un delito de propia mano y que admite, por lo tanto, tanto la coautoría como la autoría mediata».

En el mismo sentido, la STS 975/2005, de 13 de julio, reflejó que teniendo la consideración de autor cada uno de los partícipes en una agresión sexual múltiple y con rotación de roles por ostentar el dominio funcional del hecho cada uno de los agresores, «nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuricidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena». Añadiendo incluso una equiparación penológica entre el autor material y el cooperador necesario, al indicar que «Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación», por lo que reservaba la consideración del quebranto al *bis in idem* a aquellos supuestos en los que la cooperación necesaria reside en una participación diferente al despliegue conjunto de la violencia o la intimidación.

En este mismo sentido se expresó la STS 452/2012, de 18 de junio, en la que destacaba que el acceso carnal que llevó a cabo el acusado fue realizado en acción coordinada con otras dos personas que cooperaron directa y eficazmente agarrando y sujetando a la víctima e intimidándola con su actuación para que el acusado lograra su propósito de que aquella le practicara una felación, como sucedió. En ese contexto, la sentencia proclama que «cada uno de los dos menores que realizaron los actos de violencia física sobre la joven (no enjuiciados en este procedimiento), inmovilizándola e impidiendo oponerse al acceso carnal, también hubieran debido ser considerados autores –no cooperadores necesarios– del hecho. En cualquier caso, y sobre la concreta reclamación casacional, aunque fueran tenidos por cooperadores, el resultado sería el mismo porque como ha sido constantemente reiterado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de entre las más recientes, la STS de 20 de marzo de 2012, cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de

que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice».

También la sentencia 99/2007, de 16 de febrero, expresa esa idea al recoger: «la Audiencia atribuye a cada acusado no la cooperación necesaria en la conducta delictiva del otro sino la autoría conjunta de ambos en las dos agresiones, al compartir el ejercicio de la intimidación necesaria para la consumación de los ataques a la libertad sexual de la víctima.... Y como ese planteamiento de la autoría conjunta, en el caso que nos ocupa, atendiendo al relato de hechos y a la mecánica comisiva en ellos descrita, ha de considerarse como correcta, la conclusión acerca de que nos hallamos frente a un delito continuado de agresión sexual agravado por la pluralidad de sujetos que, como autores ambos, lo cometieron, no puede ser considerada como un supuesto de «bis in idem», o indebida doble incriminación por un solo hecho, debiendo, en consecuencia, desestimar el motivo». El posicionamiento es asumido por la STS 849/2009, de 27 de julio.

6. Los diferentes matices de ambas posturas no dificultan la resolución del recurso. La sentencia de instancia proclama el sometimiento de la víctima mediante una intimidación coactiva desplegada y mantenida por los tres acusados durante el tiempo que fueron rotando para la consumación de sendas penetraciones. Pese a que cada uno de ellos llevó a término la agresión de manera aislada, describe que todo operó bajo una única actuación intimidatoria, pues la agresión se inició por los tres acusados y mostraron a Salome que tenía que satisfacer sexualmente a todos si quería salir de la casa. Se describe incluso que mientras cada uno consumó la penetración en el baño, los otros dos resguardaban la intimidación custodiando desde el dormitorio que la agredida no pudiera salir y abandonar la casa. Se muestra así una coautoría material en los tres hechos típicos que excluye que la aplicación de la agravación específica del artículo 180.1.2.^a a todos ellos pueda entenderse infractora del bis in idem que el recurrente arguye.

(STS 462/2019, de 14 octubre)

ARTÍCULO 180 CP

Caso La Manada. Violación. Intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Actuación conjunta de varias personas: atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación.

Para poder determinar la diferencia entre la intimidación a la que se refiere el art. 178 del CP, y la ausencia de consentimiento –que lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste inválido o inexistente–, que constituye la figura penal prevista en el art. 181 del CP, es preciso llevar a cabo un resumen acerca de cuál ha sido la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo en torno al concepto de intimidación del art. 178 CP.

En efecto, la Sentencia de 22 Mayo de 1996, Rec. 2487/1995, señalaba que «En la «intimidación», vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May.

1988, 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992, entre otras). La gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones».

Por otro lado, la Sentencia n.º 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005, hace expresa referencia a la llamada «intimidación ambiental», en donde se recoge que: «Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en convivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7. 3. 97 y 481/2004 de 7.4).

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10, cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es –ordinariamente– coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

En el caso del acusado no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. Él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, esta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados (SSTS. 169/96, de 26.2, 19/2999, de 17.1)».

También hace expresa referencia a la citada intimidación ambiental, a la que alude el Ministerio Fiscal, la sentencia de esta Sala n.º 136/2006, de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006, al declarar que «La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: «el miedo que sintió al advertir la presencia

de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga», junto a la frase citada, quedando «paralizada por el miedo»), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, «hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que «el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas».

La citada intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, y la diferencia con el consentimiento viciado que caracteriza el delito de abuso sexual, también lo analiza la sentencia de esta Sala 1169/2004, de 18 de octubre, en los siguientes términos: «El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal, exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal, se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos.

Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstan-

cias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero).

En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos».

En cuanto al grado o a la gravedad de la acción intimidatoria, se pronuncia la Sentencia 609/2013, de 10 Jul., Rec. 1917/2012, en el siguiente sentido: «Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

También ha señalado la doctrina de esta Sala, (sentencias 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado».

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia 480/2016, de 2 Jun., Rec. 10975/2015, «La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)».

Por otro lado, este Tribunal ha distinguido la intimidación del prevalimiento como forma de obtener el consentimiento que integra el delito de abuso sexual, en numerosas sentencias, entre las que podemos citar la sentencia 1291/2005, de 8 Nov., Rec. 263/2005, en donde se recoge que: «Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. de 7.3.97 y 481/2004, de 7.4).

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10, cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, comete cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es —ordinariamente— coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

En el caso del acusado no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. Él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, esta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados (SSTS. 169/96, de 26.2, 19/2999, de 17.1)».

También la sentencia 305/2013, de 12 Abr., Rec. 1532/2012, concreta que: «Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación

pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual».

En idénticos términos, sobre el carácter menor de la intimidación que configura el prevalimiento, se ha pronunciado la sentencia 542/2013, de 20 de mayo.

Más recientemente este Tribunal se ha pronunciado al respecto, entre otras muchas, en la sentencia 188/2019, de 9 de abril, afirmando que «El actual C. Penal define el prevalimiento en el art. 181.3 con una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento). En tal sentido, SSTS 170/2000, de 14 de febrero o STS de 10 de octubre de 2003. En definitiva, el prevalimiento en relación a este tipo de delitos existe siempre que exista ese abuso de superioridad del agente que de hecho limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.

En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada».

También una definición similar del prevalimiento lo encontramos en la STS 166/2019, de 18 de marzo, al afirmar que «El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003, de 18 de septiembre; 935/2005, de 15 de julio; 785/2007, de 3 de octubre; 708/2012, de 25 de septiembre; 957/2013, de 17 de diciembre; y 834/2014, de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta».

5. También resulta necesario a los efectos de fijar el concepto de intimidación hacer referencia a que la Unión Europea en el año 2012 adopta la Directiva 2012/29/UE, según la cual, en su párrafo (17) «La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de

género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor». Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia».

Por otro lado, el Convenio del Consejo de Europa, sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, denominado Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, instrumento necesario para poder definir el delito de violación, recuerda, en su aplicación, las normas internacionales y regionales de derechos humanos, así como el Estatuto Jurídico de la Corte Penal Internacional. Y en base a ello, su ámbito de aplicación es frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Y para ello aporta definiciones. Así, la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. La violencia doméstica es todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que se produce en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. El género entenderá los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. La violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. Y en particular, en su art. 36 se regula la violencia sexual, incluida la violación, dando una definición de estas categorías delictivas al indicar que «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero».

Afirmando en el apartado segundo que: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

La específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.

6. Como hemos indicado, la decisión de esta Sala se debe ajustar al contenido estricto del hecho probado en el que se recogen todos los elementos necesarios para

considerar que los hechos son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, pero abre debate sobre su calificación jurídica. Las partes acusadoras consideran que existen bases fácticas suficientes para considerar que ha existido la violencia intimidativa que convierte la figura en agresión sexual de los artículos 179 y 180 del Código Penal.

(...) 7. De los anteriores hechos probados se desprende con claridad que existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia tal y como mantienen las acusaciones. En este caso, no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual.

(...) Como señala la doctrina más autorizada, el carácter «particularmente degradante o vejatorio» de la violencia o intimidación empleadas, que contempla la agravación específica mixta del número primero del art. 180.1 debe ser entendida, no como intensidad, gravedad o contundencia que, por otra parte es preciso concorra para que se trate de una agresión sexual *stricto sensu*, sino como la capacidad para humillar y rebajar a la víctima en el caso concreto, más allá de lo que cualquier agresión sexual por sí misma puede suponer.

Esta Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la citada agravación, exigiendo que concorra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Se decía en la STS n.º 675/2009 que «Respecto al carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida, no se puede olvidar, como han reconocido Sentencias de esta Sala, como es exponente la de 17 de enero de 2001, que toda agresión sexual, que se realiza por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un cierto grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para la víctima del hecho. Por ello mismo, para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación; o como se declara en la Sentencia 534/2003, de 9 de abril, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la violencia o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Y se añade en esta última Sentencia que este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la ley, al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado en cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena, por lo que la agravación del artículo 180.1.º CP, no se refiere a los actos sexuales realizados, de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución (STS núm. 530/2001, de 28 de marzo), y solo será apreciable cuando éstas, la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo del artículo 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994)».

No obstante lo anterior, este Tribunal también ha apreciado la citada agravación, cuando la violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio no solo se refiera al acto aisladamente considerado, sino también a la situación creada

a la que somete a la víctima, así en nuestra sentencia 11/2006, de 19 de enero, indicá-bamos que: «Decíamos en la STS núm. 168/2004, de 11 de, que sin duda, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente derivado de su naturaleza que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la fuerza o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Esta degradación, vejación y humillación adquieren una intensidad aún mayor cuando la agresión sexual se convierte en violación al consistir en un acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Sin embargo, este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena

Como señalábamos en la STS núm. 812/2003, de 3 de junio, «lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el *«modus operandi»* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima. En sentido similar, la STS núm. 462/2003, de 26 de marzo, la STS núm. 383/2003, de 4 de marzo, STS núm. 1667/2002, de 16 de octubre, entre otras».

En el caso actual, la violencia ejercida se concretó, nos dice la sentencia, en que la víctima fue mantenida desnuda o casi desnuda toda la noche, siendo penetrada analmente por distintos varones, a veces públicamente y otras siendo trasladada... mientras el resto seguía su fiesta bebiendo y fumando, recibiendo sólo risotadas a sus peticiones para que la dejaran marchar... siendo obligada a beber cervezas y a fumar hachís, lo que le aturdía. En definitiva, la víctima fue dispuesta como objeto de placer durante toda la noche a disposición de satisfacer los apetitos sexuales de los autores, tratándose de una acción en la que todos los condenados, junto a otros, participan, y que revela una particular degradación y vejación de la víctima».

En similares términos nos hemos pronunciado en la sentencia 194/2012, de 20 de marzo: «La aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1.º del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación ejercidas las que revistan aquellos caracteres, (STS n.º 159/2007). Pero con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la conducta impuesta... La descripción fáctica permite apreciar que la víctima fue sometida durante el tiempo que duró la agresión a una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que la excedieron mediante una serie de penetraciones violentas, bucales y vaginales, que los autores simultaneaban sucesivamente, colocándola por lo tanto bajo una violencia innecesaria que no puede ser calificada sino como especialmente humillante, degradante y vejatoria, superando así esa misma naturaleza que cualquier acto de agresión sexual ya lleva consigo».

Criterio sobre la situación creada que también se aplicó en la STS n.º 1005/2009, en la que se entendió que «...el acometimiento sexual fue especialmente vejatorio al

participar los dos en un mismo momento con penetraciones anales y vaginales colocando a la víctima en una situación especialmente vejatoria, que es lo que ha estimado la Sala para establecer la agravación específica».

Más recientemente, la STS 714/2017, de 30 de octubre, entiende que hay que atender a la situación creada. «Admite la resolución recurrida, que esta agravante no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la denigración como mujer, en la conducta impuesta. En otras ocasiones hemos expresado que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento».

En definitiva, concurre la agravación analizada cuando se aprecie, al lado de una agresión, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o bien, una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual.

(...) En consecuencia, la descripción fáctica, permite apreciar que la víctima sufrió durante el tiempo que duró la agresión una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que los acusados se excedieron en el «modus operandi», más allá de los concretas acciones intimidatorias efectuadas, con acciones tales como penetrar anal, vaginal y bucalmente a la víctima en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, hasta en diez ocasiones, a la vez que la estaban grabando y sacándole fotos, situación en la que la misma estaba sometida. Conducta que le fue impuesta a la víctima, de la que se desprende una clara denigración como mujer.

Lo anteriormente analizado, que se desprende de relato fáctico, implica un plus de antijuridicidad, ya que se trata de una forma de actuar de los acusados que por su propia objetividad debe calificarse como especialmente degradante o vejatorio, tal y como sanciona la agravación específica prevista en el apartado 1.º del art. 180.1 del CP, por lo que entendemos correcta la subsunción jurídica de los hechos llevada a cabo por el Ministerio Fiscal.

(...) 5. La segunda petición del Ministerio Fiscal es la aplicación del artículo 180.1.2.ª del Código Penal, que prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, se alega que no es un hecho discutido que fueron cinco los individuos que participaron en los múltiples actos sexuales de las que la denunciante fue víctima, apuntando que si la actuación conjunta de dos personas, ya permite la aplicación de dicha agravación, considera el Fiscal que la actuación concertada de cinco varones es más que suficiente para apreciar no sólo que su presencia determine la situación intimidatoria, sino que también permita la aplicación de dicha agravación específica.

5.1 Fue el vigente Código Penal de 1995 el que introdujo, diversos subtipos agravados de los delitos básicos de las agresiones sexuales descritos en los arts. 178 y 179 CP. En su primitiva redacción, el subtipo aquí estudiado, definía la específica agravación: «cuando los hechos se cometiesen por tres o más personas actuando en grupo». Más tarde fue modificado en la reforma operada por la LO 11/1999, de 30 de abril. Tras esa reforma, basta para aplicar el subtipo estudiado con que «el hecho se cometa por la actuación conjunta de dos o más personas». La Exposición de Motivos

de la LO 11/1999 presentaba la reforma como «una necesidad surgida por la triple convergencia del derecho europeo, las exigencias de la sociedad española y la protección de la dignidad inherente al ser humano, que, sobre todo, en protección de menores e incapaces, requería la acomodación de nuestro derecho a pautas de mayor severidad».

La naturaleza jurídica de la agravación específica consistente en «cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas», ha sido explicada en nuestra sentencia 1142/2009, de 24 de noviembre, donde apuntábamos que la circunstancia encuentra su razón de ser «no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación».

De lo anterior se desprende que la circunstancia no encuentra su razón de ser en el acuerdo previo, sino en la contribución eficaz para lograr el objetivo antijurídico. Y también la realización conjunta supone un incremento del desvalor de la acción, pues, de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o, al menos, el aseguramiento del designio criminal para los autores, y de otro, una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación. También podemos entender agravado el resultado por la búsqueda de impunidad de los autores que conlleva el riesgo potencial, sociológicamente menos relevante y más improbable si el autor es único, de lesionar otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, como su propia vida, con la finalidad de encubrir y silenciar el delito cometido.

Para la aplicación de este supuesto agravado se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta o confabulados para agredir sexualmente al sujeto pasivo, en cambio no es preciso, de forma necesaria, un previo concierto de voluntades entre los sujetos, bastando el acuerdo accidental de los mismos. Para la aplicabilidad de este supuesto agravado es preciso que el delito pudiera haberlo cometido uno sólo de los agentes, pues si para la comisión del delito resultara imprescindible la actuación conjunta de todos, en el caso concreto, no podríamos aplicar la presente agravación.

5.2. Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la agravación analizada, así en nuestra sentencia 1667/2002, de 16 de octubre, decíamos que: «Es cierto que esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (S. 12-03- 2002, núm. 486/2002).

Pero en el caso actual el recurrente no ha sido condenado como cooperador necesario en las agresiones sexuales consumadas por su compañero sino exclusivamente como autor directo de aquellas en las que ha sido autor material, es decir que ha sido condenado exclusivamente por dos agresiones, una por cada una de las víctimas o sujetos pasivos a las que de modo personal y directo ha penetrado sexualmente. En

consecuencia, la apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio «non bis in idem».

En similares términos nos hemos pronunciado en la más reciente sentencia 194/2012, de 20 de marzo, al afirmar que: «El artículo 180.1.2.^a del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las que justifican su existencia.

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta agravación en todos los casos en los que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas. Decíamos en la STS n.º 1667/2002, con cita de la STS n.º 486/2002, que «...esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado».

En la misma línea, en la STS n.º 421/2010, decíamos que «...es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la agresión sexual, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravarsele vía art. 180.1.2.º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del *non bis in idem*. En tal sentido, se puede citar la jurisprudencia de esta Sala, SSTS 975/2005, de 13 de Julio; 217/2007, de 16 de Marzo; 439/2007, de 31 de Marzo; 61/2008, de 24 de Enero y 1142/2009, de 24 de Noviembre, todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere».

En realidad, como se desprende de esta última sentencia, esta limitación solo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando solo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella».

El criterio analizado también es mantenido por la STS 246/2017, de 5 de abril, con cita de las SSTS 1142/2009, 421/2010 y 235/201 2.

Por otro lado, la STS 338/2013, de 19 de abril, mantiene la misma interpretación que las anteriores resoluciones citadas, y va más allá, distinguiendo dos situaciones, la primera, en la que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario, en cuyo supuesto, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta, de un lado, para apreciar la cooperación, y de otra parte, para aplicar la agravante; y la segunda situación, referida a aquellos supuestos en los que intervienen más de dos personas, en los que sí puede aplicarse la agravante a todos los

intervinientes, pues en esa ocasión el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple, afirmando la citada resolución que: «1. El artículo 180.1.2.º del Código Penal prevé una agravación de las penas cuando los hechos castigados como delito en el artículo 179 sean cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas. La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que al ser el cooperador alguien que colabora al hecho de otro, en esos casos siempre actuarán conjuntamente dos personas, de manera que podría entenderse en un principio que el ser cooperador en un delito de agresión sexual, en todo caso llevaría aparejada la agravación prevista en el artículo 180.1.2.º citada. Dicho de otra forma, la actuación del cooperador, por su propia existencia, siempre estaría agravada. Pero se produciría entonces la doble valoración de la misma conducta, de un lado para apreciar la cooperación y de otro, sin requerir otros elementos, para aplicar la agravación. Esto ocurriría cuando en el caso interviniesen solamente dos personas, el autor y el cooperador, y no cuando intervengan más, pues entonces el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo distinto de su propia aportación. Al primero le sería de aplicación la agravación, pues es perfectamente imaginable un autor sin cooperador. Pero no resulta así para el cooperador, pues, siempre, por su propia naturaleza, supone la existencia de un autor (sea o no responsable penalmente). De manera que, en esos casos, en los que actúan solo dos personas, una en concepto de autor y otra como cooperador, la agravación del artículo 180.1.2.º solo será aplicable al autor».

5.3. Aplicando la anterior jurisprudencia al supuesto analizado, llegamos a la conclusión de que, tal y como apunta el Ministerio fiscal, concurre en el presente caso el subtipo agravado del art. 180.1.2.ª del Código Penal.

(...) En efecto, estamos ante un supuesto de violación múltiple, efectuada por cinco personas, en la que todos participan como autores, y en la que no se está valorando dos veces una misma situación, según se desprende del relato fáctico, por varios motivos:

1.º La presencia de los cinco acusados, previamente concertada, supone una acusada superioridad para poder llevar a cabo el plan buscado de propósito por los acusados y poder realizar las agresiones sexuales a las que fue sometida la víctima;

2.º El delito podría haber sido cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la intimidación que hemos descrito, dadas las circunstancias concurrentes: la diferencia de edad de los agresores con la víctima, la fuerte complexión física de todos los autores, el lugar recóndito, angosto y sin salida donde tuvieron lugar los hechos, la situación de embriaguez en que se encontraba la víctima, por lo que no era imprescindible para obtener el efecto intimidatorio sobre la misma, la actuación conjunta de todos;

3.º La propia naturaleza de la agravación, que implica un incremento del desvalor de la acción, pues la intervención de los cinco procesados en la violación múltiple supone, no solo una intensificación de la intimidación sufrida por la víctima, sino también, una mayor impunidad y el aseguramiento del designio criminal para los mismos;

4.º El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido

por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto.

En consecuencia, la apreciación de la agravación analizada no implica infracción del *non bis in idem*, ya que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, que este caso tuvo lugar, según la sentencia de instancia, por los cinco procesados, siendo dirigida la víctima por los acusados al cubículo donde le rodearon, quienes aprovecharon la situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, así fue objeto de al menos 10 agresiones sexuales con acceso vaginal, anal, y bucal, habiendo solo sido sancionados como responsables de su propia agresión, y no como cooperadores necesarios en las de los demás.

Todo ello implica una intensificación de la intimidación que sufrió la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación.

(STS 344/2019, de 4 julio)

ARTÍCULOS 183.1 Y 189.1.ºA CP

Abuso sexual y corrupción de menores: obtener fotos remitidas por menores de sus partes íntimas o en actitud sexual, apreciación de tentativa en los supuestos en los que se solicitaban y no se obtenían.

En cuanto al delito de abusos sexuales, el art. 183.1 del CP, en la redacción vigente en la fecha en que sucedieron los hechos, castigaba con una pena de prisión de 2 a 6 años al que «... realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años».

Aunque en muchos casos el delito se llevará a cabo mediante una acción ejecutada por el autor sobre el cuerpo de la víctima, se ha admitido la comisión del delito sin que medie contacto físico entre uno y otro. Así, es posible considerar supuestos en los que, sin contacto físico entre autor y víctima, se ejecuten actos por el menor que atenten a su indemnidad sexual, simultáneos o no a otros ejecutados por el autor, el cual incita, impulsa, guía o condiciona los primeros. Y no solo en situaciones de proximidad física (STS n.º 450/2018, de 10 de octubre). La utilización de las tecnologías de la comunicación para estos fines aparece frecuentemente. Es cierto que estas nuevas formas de actuación requieren una interpretación de los tipos penales que delimiten los espacios correspondientes a las figuras de los abusos sexuales del artículo 183; de la determinación a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o a hacerle presenciar actos de carácter sexual; o del grooming o el sexting, del artículo 183 ter. Pero ello no impide afirmar que la actuación del sujeto conduciendo o impulsando al menor a la realización de actos de naturaleza sexual sobre su mismo cuerpo, en los que de alguna forma participa aquel, constituyen un delito de abuso sexual.

En la STS n.º 301/2016, de 12 de abril, se decía: «Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciem-

bre (RJ 2010, 432), decíamos que «... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. (...) Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual.

Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre), son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores».

En la STS n.º 377/2018, de 23 de julio, se insistió en la posibilidad de apreciar un delito de abuso sexual sin que hubiera existido contacto físico entre autor y víctima. Se decía entonces que «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».

Nuevamente se apreció este delito en la STS n.º 450/2018, de 10 de octubre, al diferenciarlo del tipificado en el artículo 183 bis, en la redacción introducida por la LO 1/2015. Se decía así, que «la tipicidad en el delito de abuso sexual no requiere el contacto corporal entre dos sujetos. Lo relevante es el ataque a la libertad e indemnidad sexual llevado a cabo sin su consentimiento o contra un menor (Por todas, STS n.º 377/2018, de 23 de julio). Cuando hemos referido la exigencia de un contacto físico o corporal, entre los sujetos activo y pasivo, ha de ser entendida como realización conjunta del hecho, sin la exigencia de un contacto corporal.

La STS 468/2017, de 22 de junio, constituye un antecedente de esta interpretación. En la misma dijimos que «la mención determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, enturbia su interpretación, pero únicamente es posible la interpretación que separe ambas conductas, si tomamos, primeramente en consideración que tal comportamiento, con la participación o no del autor, se limita llevar a cabo un comportamiento que no significa realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, puesto que en este caso la aplicación preferente sería de 183 del Código Penal; en segundo lugar considerando que el tipo penal del artículo 183 bis requiere la conducta de futuro, en tanto que se penaliza un acto preparatorio, mientras que el abuso sexual de menores del 183, se consuma mediante la realización de actos sexuales con menores, que lleguen a cristalizar en acciones directas entre el autor y su víctima. Es decir, en el momento en que de tal comportamiento de naturaleza sexual resulta el contacto físico o corporal con el menor por parte del autor, la encarnación delictiva debe ser era del abuso sexual de artículo 183 del Código Penal».

Y, continuaba diciendo esta Sala en la citada STS n.º 450/2018, de 10 de octubre: «El hecho probado describe los actos típicos del abuso sexual del artículo 183. De una parte, se declara un elemento objetivo que implica el contacto corporal en el sentido requerido por la norma y que hemos expuesto. El hecho probado dice que hasta en cinco ocasiones consiguió que el menor le acompañara a la ducha y al vestuario de chicos y allí se dijo que se bajara los pantalones y se masturbara indicándole cómo hacerlo, al tiempo que también se masturbó. Se trata de una conducta conjunta en la cual el sujeto activo a un menor, sin capacidad de autodeterminación sexual, le dice lo que tiene que hacer y cómo hacerlo y realizar lo propio en una acción conjunta. Esta conducta se realiza sobre un sujeto pasivo incapaz de determinarse libremente en el ámbito sexual, se trata un menor de 13 años y la conducta tiene un inequívoco contenido sexual. El elemento subjetivo surge del propio conocimiento de la acción y hecho probado lo refiere, con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso. Si la conducta del sujeto activo es la de realizar un acto de indudable naturaleza sexual como es la masturbación de los dos realizada con una finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso o de satisfacer sus propios deseos sexuales, la subsunción es en el artículo 183 del Código Penal. En todo caso hemos de recordar que la tipicidad del delito de abusos sexuales no requiere un contacto físico directo entre el acusado y su víctima. La jurisprudencia esta Sala ha declarado que la acción de atentar contra la libertad sexual de otro «existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual obtenga este tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre» (sentencia 1397/2009, de 29 diciembre, 301/2016, de 12 abril)».

En la nueva redacción del artículo 183.2, tras la reforma operada por la ley Orgánica 1/2015, se establece la pena de cinco a diez años de prisión cuando los hechos del apartado anterior se cometan empleando violencia o intimidación, calificándolos como agresión sexual. Y se añade que las mismas penas se impondrán «cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo». La introducción de esta nueva redacción puede resultar distorsionadora, en la medida en que permite plantearse cuál ha de ser la reacción penal cuando no concurra violencia o intimidación, pero nada se opone a entender que, tal como venía entendiendo la jurisprudencia, (vid. sentencias antes citadas), llevar a un menor mediante inducción, conducción, compulsión u otra conducta similar a la ejecución de actos sexuales sobre sí mismo, cuando no concurra violencia o intimidación, constituye un delito de abuso sexual.

En cuanto al delito del artículo 183 ter.1, (antes 183 bis), el llamado *grooming*, el tipo solamente requiere el contacto con el menor a través de las nuevas tecnologías, la proposición de un encuentro con el mismo para cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189, y que la propuesta venga acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, sin que exija la ejecución de actos de naturaleza sexual que afecten a la indemnidad sexual del menor, que, en caso de existir, serían sancionados de forma independiente.

Y en el artículo 183.ter.2 (*sexting*) el tipo solamente exige el contacto con el menor a través del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y la realización de actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o

aparezca un menor. Contemplándose, pues, un acto preparatorio respecto de las conductas previstas en el artículo 189 CP.

Respecto del delito de corrupción de menores del artículo 189.1.a) CP, es claro que la captación o utilización de menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico no exige el contacto físico entre el autor y la víctima.

Otro tanto ocurre con el delito de amenazas del artículo 171.1 CP.

(...) No plantea directamente el recurrente la posibilidad de que en estos casos pudiera apreciarse el delito en grado de tentativa, cuando el autor intenta que la víctima realice actos de naturaleza sexual sobre su propio cuerpo, en los que él participaría a distancia, y, sin embargo, la víctima no llega a acceder a la propuesta de aquel.

Es claro que es necesario que quede debidamente acreditado lo que el sujeto activo pretende, pues debe tratarse de actos que, de realizarse, atentarían a la indemnidad sexual del menor (o, en su caso, a la libertad sexual del mayor de 16 años, en la redacción actual). Pero si así ocurre, deben diferenciarse los casos en los que el sujeto pasivo llegue realmente a ejecutar actos sobre su propio cuerpo de aquellos en los que se niegue a ejecutarlos, o, aun cuando acepte, no los ejecute finalmente.

(STS 158/2019, de 26 marzo)

ARTÍCULO 183 *QUATER* CP

Autor persona próxima al menor por edad o grado de madurez: Circular 1/2017 de la FGE, criterios que contempla el precepto e interpretación de la exención.

No puede pretenderse nunca en ningún caso la aplicación de este precepto, ya que no concurre en este caso cuando se triplica la edad de agresor y víctima, pero tampoco desde el punto de vista médico, porque esta disminución de la conciencia y voluntad o de su capacidad de discernir, lo que podría acercarle a una edad psicológica menor que la que tiene, no se ha acreditado, por lo que es inaplicable el precepto, que afectaría al concepto del error.

La doctrina señala sobre este precepto que el artículo 183 *quater*, incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, la de 2012. Se incorporó en la segunda y definitiva versión, la de 2013, de donde pasó literalmente al Proyecto y, por último, a la nueva Ley Orgánica. Se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 *quater* atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez.

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

diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola.

(...) Así, como recuerda la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 *quater* del Código Penal, en los dos últimos casos «la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio» y que «a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada».

Destaca la antes citada Circular sobre la interpretación del art. 183 *quater* del Código Penal que: «El núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consecuentemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

La regla del art. 183 *quater* CP, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas. En definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del art. 183 *quater*. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurren elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo.»

Como conclusiones de interpretación sobre el art. 183 *quater* destaca la citada Circular que:

«1.º El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 *quater* CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2.º El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3.º El art. 183 *quater* no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4.º Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5.º La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatarse caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

6.º En lo que atañe a la LORPM, siguen manteniendo su vigencia, *mutatis mutandis*, los pronunciamientos de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre. Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal.

7.º En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 *quater*, procederá el sobreseimiento del art. 637 no 2 LECrim.

8.º Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.

Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

9.º La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

En relación con el delito del art. 183 *ter* apartado primero (*grooming*) podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 *ter* (*sexting*), por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el art. 183 *quater* con el «embaucamiento» propio de este tipo».

(STS 478/2019 de 14 octubre)

ARTÍCULO 251.2.º CP

Estafa: disponer de cosa habiéndola enajenado, enajenarla nuevamente antes de la definitiva transmisión; diferencias entre la doble venta con traditio y la venta de inmueble después de haberse enajenado, pero antes de la definitiva transmisión al adquirente.

En el primer supuesto típico, el artículo 251.1 describe la conducta de la transferencia engañosa de una cosa (mueble o inmueble) mediante el fenómeno de la doble venta, la imposición de un gravamen o el arrendamiento, por quien no tiene ya, o no ha tenido nunca, esa facultad de disposición. El segundo apartado, lo constituye la enajenación mediante ocultación de carga, o bien la venta como libre y a continuación la imposición de un gravamen o enajenación siempre antes de la definitiva transmisión al adquirente, y finalmente, en el tercer apartado, a modo de comprensión general de tales comportamientos, el otorgamiento de un contrato simulado, sin más especificaciones, denominado falsedad defraudatoria o estafa documental. En cual-

quier caso, se requiere perjuicio de tercero, bien sea al adquirente o al propietario del bien, o a un tercero. Y aparte de que los casos típicos de actos de gravamen se encuentran confusamente redactados, es lo cierto que tales comportamientos indudablemente contienen en su descripción una modalidad de engaño que origina un error en el sujeto pasivo que le ha llevado a realizar el acto de autolesión, en que se traduce la estafa propia o común, por lo que la mayoría de tales comportamientos no podrán considerarse atípicos pese a una hipotética desaparición de dicho precepto, sino incorporados a la propia estafa, al colmar tales acciones las exigencias típicas que se describen en el artículo 248.1 del Código Penal. En cualquier caso, por razón de especialidad, y alternatividad, se ha de aplicar el referido artículo 251 del Código Penal cuando los hechos queden incluidos en tal descripción típica.»

(...) Efectivamente, los requisitos que, según la jurisprudencia de esta Sala requiere tal tipo penal son: 1.º Que haya existido una primera enajenación. 2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación «antes de la definitiva transmisión al adquirente», es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. 3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código Civil. 4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio. Como recuerda la STS 102/2015 de 24 de febrero no es necesaria la «tradición» a favor de los perjudicados, basta con la doble venta.

(...) La discrepancia surge en si ambos delitos, contenidos en los números 1 y 2 del artículo 251 del Código Penal, son o no homogéneos, es decir, si tienen la misma naturaleza porque el hecho que configura los tipos correspondientes es sustancialmente el mismo.

(...) En el caso aquí analizado la homogeneidad se plantea ante dos estafas impropias o especiales. La comprendida en el artículo 251.1 del Código Penal, que describe la conducta de la transferencia engañosa de una cosa (mueble o inmueble) mediante el fenómeno de la doble venta, la imposición de un gravamen o el arrendamiento, por quien no tiene ya, o no ha tenido nunca, la facultad de disposición sobre esa cosa. Y la prevista en el segundo apartado, que viene constituida por la enajenación mediante ocultación de carga, o bien la venta como libre y a continuación la imposición de un gravamen o enajenación siempre antes de la definitiva transmisión al adquirente inicial.

El artículo 251.1, inciso primero, se refiere a un comportamiento que parte de la ausencia de la facultad de disposición sobre el bien mueble o inmueble por parte del sujeto activo de la infracción. Y atribuyéndose una facultad de disposición de la que carece, la enajena, grava o arrienda a otro y produce un perjuicio a éste o a un tercero.

En el tipo contemplado en el último inciso del artículo 251.2 del Código Penal, el sujeto activo de la infracción, después de enajenar el bien como libre, realiza una segunda enajenación, pero antes de la definitiva transmisión al adquirente inicial, ocasionando un perjuicio para éste o para un tercero.

Pese a lo que pudiera parecer de una primera lectura de ambos preceptos, los tipos penales contenidos en los mismos son homogéneos, es decir, el hecho que los configura es sustancialmente el mismo.

Es cierto que en la sentencia núm. 764/2005, de 8 de junio, invocada por los recurrentes, se entendió que condenar por delito comprendido en el artículo 251.2 del Código Penal, en lugar del delito que había sido objeto de acusación (artículo 251.1) podría vulnerar el principio acusatorio al no ser posible establecer una homogeneidad entre los mismos al partir ambos apartados de planteamientos y exigencias absolutamente antitéticas. Ello no obstante, finalmente los hechos fueron calificados como delito de apropiación indebida. Se trataba de un supuesto que no guardaba relación alguna con el que es sometido hoy a consideración, pues se enjuiciaba la conducta de un cónyuge a quien le había sido adjudicado el uso de la vivienda conyugal en el procedimiento de separación con la obligación de proceder a su venta, debiendo a continuación proceder a efectuar la correspondiente liquidación con su esposa, obligación ésta última que omitió, haciendo suya la total cantidad obtenida por la venta.

(...) Pues bien, la conducta descrita en el citado tipo no difiere en esencia de la prevista en el número 1 del mismo precepto. En ambos casos, a los efectos que ahora nos interesan, se dispone o enajena un bien a un tercero, y se ocasiona un perjuicio, bien al nuevo adquirente, bien a un tercero. Y en ambos casos, el enajenante carece de la libre disposición del bien, circunstancia que oculta al tercero y configura el engaño propio del delito de estafa. En el supuesto del número 1 porque ya ha dispuesto previamente del bien y ha transmitido su propiedad a otra persona. Al estar perfeccionada y consumada la primera venta, existe una venta de cosa ajena. Y en el supuesto contemplado en el número 2 porque, no obstante haber realizado un acto de disposición sobre el bien, la venta no se ha perfeccionado al no haberse producido la entrega de la cosa vendida. Al no estar perfeccionada la primera venta, solo existe doble venta. Es el supuesto que, por sus efectos, contempla el artículo 1473 del Código Civil.

La única diferencia radica por ello en que en el primer supuesto, en la primera venta celebrada ha operado la «*traditio*» y con ello se ha producido la transmisión de la titularidad sobre el bien, mientras que en el segundo aquella todavía no se ha producido, lo que no implica que el titular ostente la libre disposición del bien en cuestión. Y ello porque, aunque no exista la «*traditio*», real o ficticia, como modo de adquirir el dominio según los arts. 609, 1.095, 1.400 y 1.462 y siguientes del Código Civil, concurre un «*ius ad rem*» o vocación próxima al derecho real. Ese «*ius ad rem*» obligacional en su origen y real en su finalidad, es un derecho que recae sobre cosas específicas y resulta incompatible con cualquier otro que se le contraponga, y presenta además una naturaleza *sui generis* que se aproxima más al derecho real que al obligacional. Por consiguiente, con la celebración del contrato de compraventa se pierde la facultad dispositiva sobre el bien, y al vendedor de un inmueble en contrato privado, aunque la venta no fuese seguida de tradición real o ficticia, le queda rigurosamente prohibido disponer de lo ya vendido, con la trascendencia punitiva prevista ahora en el artículo 251.2 del Código Penal. En definitiva, el primer contrato de compraventa realizado, aunque carezca de efectos reales, prohíbe al vendedor cualquier acto dispositivo posterior, bien fuera de enajenación o de gravamen, para así poder cumplir la obligación contraída de entregar la cosa en los términos convenidos.

En consecuencia, debe concluirse estimando que nos encontramos ante delitos homogéneos, por lo que los acusados no se han visto privados de la oportunidad de defenderse frente a los hechos que integraban la calificación finalmente adoptada por el Tribunal.

(STS 164/2019, de 27 marzo)

ARTÍCULO 252 CP

Apropiación indebida: delito especial en el que su autor tiene que estar ligado con el sujeto pasivo por una determinada relación, pudiendo tener participación el extraneus.

Es doctrina de esta Sala –entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio, 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre– que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto («o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos»), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada «incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el *iter criminis* se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el «tipo de infidelidad» que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida (STS. 4.2.2003).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

Como muy bien explica la STS. 2.3.2016 esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art. 252 CP como «distracción», constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de «distracción» ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma.

(...) En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropia-

ción indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio.

En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253».

(STS 530/2019, de 31 octubre)

ARTÍCULO 319 CP

Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: edificación no autorizable en suelo no urbanizable: promotores que construyen viviendas en suelo no urbanizable a sabiendas de la colaboración municipal, primero dan acceso a las parcelas y las dotan de abastecimientos, para que ilegalmente de facto sean suelo urbano.

En su redacción previa a la LO 5/2010, el artículo 319.1 condenaba a «los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada 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». Fuera de estos enclaves concretos, la punición solo se contemplaba para «edificaciones», cuando se realizaran en terreno rústico y no fueran autorizables. Así se derivaba del redactado del artículo 319.2 que condenaba: «a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable».

En la interpretación del precepto, esta Sala tenía proclamado que la actividad mediante la cual aparecía una red de caminos donde antes no existían, debía considerarse «construcción» a los efectos del redactado del artículo 319.1 del Código Penal por cuanto, por obra del hombre y con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, se produce una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de la zona geográfica afectada. Dicha doctrina, sin embargo, remarcaba la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que empleaba el vocablo «construcción» como acción típica en el artículo 319.1 del Código Penal, y el concepto semánticamente más restringido de «edificación» para el artículo 319.2. Lo expuesto llevaría a la exclusión típica de las construcciones distintas de la edificación, cuando se desarrollaban en suelos rústicos que no tuvieran reconocido un valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que no hubieran sido considerados de especial protección.

(...) El art. 319.2 del Código Penal exige, y exigía a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. El término «no autorizable» significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, lo cual comprende tanto las obras reali-

zadas sin licencia que no sean legalizables, como también las que, contando con licencia, y al margen de posibles responsabilidades de haberse obtenido ilegalmente, no eran autorizables.

El contenido semántico de la expresión, que permitiría contemplar como supuesto de atipicidad cuando exista una posibilidad de autorización potencial, no es acogible. El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso administrativa por falta de ejercicio de la acción o, como aquí acontece, por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término «no autorizable» hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización (STS 73/2018, de 13 de enero).

4. En lo relativo a la insignificancia de la lesión al bien jurídico, Esta Sala ha proclamado que el tipo penal no protege la legislación urbanística, sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de «utilización racional del suelo orientada a los intereses generales» (art. 45 y 47 CE), esto es, la no utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general (STS 363/06, de 28 de marzo o 529/2012, de 29 de junio). Lo que es observable cuando se ha modificado de manera permanente el uso previsto para el suelo rural no urbanizable, promovándose 18 viviendas y haciendo una provisión de los servicios necesarios para el nuevo destino que a aquel se le atribuye.

(STS 463/2019 de 14 octubre)

ARTÍCULO 323.1 CP

Delitos sobre el patrimonio histórico: la valoración de los daños se remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador deberá atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia.

De lo expuesto resulta, que salvo una interpretación excesivamente literalista de un párrafo de la sentencia núm. 932/2016, descontextualizada del motivo casacional que analizaba, todas las resoluciones de esta Sala Segunda, ciertamente casi todas en aplicación del código del 73, siguen el criterio de entender la expresión bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, como un elemento normativo, que no exige una previa declaración administrativa en ese sentido; criterio que debemos seguir manteniendo como igualmente hace la doctrina mayoritaria; y ello, por múltiples razones:

- i) La dicción legal de precepto, al contrario de lo que sucede con el art. 323, no exige una previa calificación administrativa.
- ii) Ello resulta acorde con la propia sistemática que relaciona ambas normas, donde una vez paliada alguna incoherencia de la redacción anterior, tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 323 como tipo de tutela residual o de recogida de los

delitos que sancionan daños contra el patrimonio histórico, frente al art. 321 que sólo ampara los edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, en directa referencia a la normativa administrativa (art. 9.1 Ley sobre Patrimonio Histórico), conlleva una menor punición que la conducta del art. 321. En este 321 se tutelan los edificios singularmente protegidos y en el 324 el resto de bienes, muebles o inmuebles (incluidos edificios no reconocidos administrativamente como integrantes del patrimonio histórico) que gocen intrínsecamente de esa valoración histórica, artística, científica, cultural o monumental.

iii) La propia Constitución Española, en su art. 46 indica que en su inciso final que la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio: histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. De modo que una interpretación formal de patrimonio, que no amparase a los no declarados formalmente como «bienes de interés cultural», pero que materialmente lo fueren, no satisface el este mandato de la norma constitucional.

iv) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, ha entendido adecuada esta interpretación material de patrimonio histórico, cultural y artístico, como objeto de tutela penal, donde no integra requisito del tipo que haya precedido a la actuación delictiva, una formal declaración de que los bienes dañados, ostentan la condición de bienes de interés cultural o han sido incluidos en el inventario correspondiente; bastando el valor intrínseco de los bienes.

Cuarto. El criterio resultante de tal argumentario, es además pacífico, absolutamente mayoritario entre la doctrina científica, al igual que acaece en la jurisprudencia (salvo la resolución invocada de contraste en su interpretación meramente literal), incluida la denominada menor, proveniente de las Audiencias Provinciales. La referida STC 181/1998, ya se hace eco de ello:

No constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial (la emanada de la Sala Segunda del TS), requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985.

El ATC 406/2007, de 10 de diciembre, que inadmite recurso de amparo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 18 de febrero de 2005, que definía como bienes de valor histórico, aquellos que no están incorporados al patrimonio histórico de manera expresa por una declaración administrativa, lo cual no empece ni desmerece su valor respecto de aquellos otros que sí lo están, únicamente indica que aún no se han incorporado de manera formal o explícita, a través de la declaración correspondiente, al catálogo, sin que esto excluya su incorporación futura, o que en todo caso por su valor intrínseco formen de hecho parte del '...patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España...?', como lo define el art. 46 de la Constitución «.

Esta consideración sobre el objeto material del delito previsto en el art. 323, permite una tutela penal más conforme al mandato constitucional que restaría sin amparar, tanto por el art. 321, como por el art. 319, como por resto de la normativa tuitiva del patrimonio histórico dispersa en otros tipos contra el patrimonio, como agravaciones específicas, en los delitos de hurto (art. 235.1.1.º), robo con fuerza (art. 241.1), estafa (art. 250.1.3.º), apropiación indebida (art. 254), o receptación [(art. 298.1.a)]. De modo que así, también proyecta su ámbito el tipo del art. 323 CP, a:

– Los bienes de valor histórico ocultos o no descubiertos.

- Los que por la dejadez del titular no han sido declarados.
- Los que por la falta de agilización de los procesos o expedientes administrativos no hayan sido catalogados, inventariados o declarados de interés cultural.
- Los que por la deliberada descripción espuria de sus características no alcanzan reconocimiento administrativo.
- Los excluidos de la consideración por una errónea decisión administrativa.

Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley. Consecuentemente y en definitiva, el elemento típico bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos integra un elemento normativo de naturaleza cultural a valorar judicialmente.

Quinto. A la hora de integrar dicho elemento normativo, la STS 1403/1988 de 6 de junio, ya advertía que los Tribunales habrán de atenerse con la mayor prudencia y cautela a aquellos criterios que aparezcan como más objetivos, según el común sentir de la colectividad y, a ser posible, como manifiestamente notorios e indiscutibles y siempre inspirándose en el espíritu del conjunto normativo regulador de la materia de que se trate.

Es decir, que corresponde otorgar la máxima protección al patrimonio histórico, cultural y artístico, pero para determinar su contenido, deben evitarse particulares consideraciones, y acudir a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia. La propia STC 181/1998, resume la doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda sobre el art. 323, en este particular, de este modo: la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985. En modo alguno, sin embargo, que los bienes dañados hayan sido declarados como bienes de interés cultural, pues tal pretensión supone la incorporación al tipo penal de un requisito adicional, no previsto en la norma que lo configura.

Este prudente criterio permitió denegar valor artístico a una bancada, un órgano, y un adorno de escayola, sin mayor especificación y sin excesivo valor material en la STS 932/2016; así como a edificio descrito meramente como «casa montañesa de construcción antigua compuesto de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido» en la STS 654/2004, resolución que indica que tales datos, a pesar de hallarse la casa dentro del perímetro de conjunto histórico artístico de Alceda, son insuficientes para poder afirmar que nos encontramos ante un bien «de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental» conforme lo exige este art. 323; cuando ni siquiera se precisa la fecha de la antigüedad ni se concreta ninguna fotografía de la construcción derribada, ni aparece informe pericial que aporten datos complementarios que ilustraran sobre el valor cultural de estas casas montañesas.

Mientras que la sentencia 3564/1991, de 12 de noviembre, fundamenta este valor en que se trata, de tallas únicas que datan del siglo XVIII, incorporadas al retablo mayor de la iglesia de Santiago Apóstol de Trespuentes (Álava), descritas en el «Catálogo Monumental de la Diócesis de Vitoria»; y su existencia secular, formando parte del conjunto mencionado, trasciende a la memoria colectiva, constituyendo parte del patrimonio global, histórico, cultural y artístico de la nación.

Y la sentencia 1403/1988 de 6 de junio, lo predicaba de bienes que se hallaban colocados en las vitrinas de un museo en el que habían sido ubicados porque sus especiales peculiaridades les hacía dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos en la materia, por lo que es

indudable, que con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraba por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos, después de haber sido examinados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural.

(...) El artículo 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 CE.

(STS 641/2019, de 20 diciembre)

ARTÍCULO 329 CP

Prevaricación urbanística: alcalde y a la vez director contable de empresa no se abstiene en la votación por la que se aprobó el otorgamiento de la licencia de obras y de la licencia de actividades a la citada empresa, siendo el acuerdo conforme a derecho, sin que el hecho de no abstenerse motive la comisión del delito al no existir resolución injusta.

El artículo 329 del Código Penal comprende dos conductas típicas activas, como son informar favorablemente a la concesión de licencias manifiestamente ilegales por autorizar actividades que realizarían el delito medioambiental, y votar o resolver a favor de la Concesión de licencias manifiestamente ilegales; y dos omisivas, como son, silenciar en la actividad inspectora la existencia de infracción de normativa administrativa de carácter medioambiental, y no realizar las inspecciones obligatorias.

En este sentido, expresábamos en la citada sentencia que, cómo delito de infracción de un deber, éste queda consumado, en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando se ignora o desatiende la aplicación de la legalidad convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, arbitraria.

Los informes, al igual que las votaciones, deben ser favorables a la concesión de licencias manifiestamente ilegales en cuanto posibilitan autorizar la realización de actividades contaminantes aun cuando no quiere la afectación efectiva del medio ambiente.

En el tipo subjetivo se requiere que la conducta se haya realizado a sabiendas o «a sabiendas de su injusticia». En caso de desconocerse la injusticia de la resolución, si la conducta es idónea para «provocar» la realización de conductas que afectan al equilibrio de los sistemas naturales y se ha infringido un deber de cuidado elemental, cabría condenar por participación o autoría accesoria en el delito medioambiental imprudente.

Como en el delito de acción genérica, en el artículo 404 del Código Penal, es necesario que la autoridad o funcionario público realice un acto que suponga una absoluta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran. En este sentido la sentencia de esta Tribunal núm. 723/2009, de 1 de julio de

2009 establece que no toda resolución administrativa ilegal es arbitraria por el mero hecho de resultar contraria a las disposiciones del ordenamiento jurídico. De esta forma, es necesario de la actuación sea manifiestamente arbitraria, esto es, carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico.

Conforme reiteradamente viene señalando esta Sala, para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad a este respecto. No existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es reiterada la doctrina sobre lo que debe entenderse por el contenido de la injusticia o arbitrariedad, que puede provenir tanto en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto (sentencia núm. 723/2009, de 1 de julio).

La apreciación de la prevaricación ambiental ha de quedar ceñida a aquellos casos en los que se dé una resolución administrativa completa y patentemente arbitraria (sentencia núm. 916/12, de 28 de noviembre).

(...) Conforme reiterada doctrina de esta Sala, (SS. núm. 723/2009, de 1 de julio y 189/2008, de 25 de abril y auto de 17 de febrero de 2010) el incumplimiento de un deber legal de abstención, por sí sólo, no genera el presupuesto fáctico del tipo penal de la prevaricación. Resolver de otra forma, supone la persecución penal de una autoridad (municipal) sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente.

(...) Por ello, la ausencia de abstención no integra por sí sola la injusticia manifiesta que exige el tipo penal objeto de análisis teniendo en cuenta que el expediente aparece, en principio, correctamente tramitado y que ninguna medición de ruidos superaba los valores establecidos por la legislación vigente, pues no otra cosa puede deducirse de los hechos considerados probados por el Tribunal.

(STS 258/2019, de 22 mayo)

ARTÍCULO 399 BIS CP

Falsedades: clonación de las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito y débito, utilizando un dispositivo conectado al datáfono denominado «skimmer»; concurso medial con delito continuado de estafa: autor e inductor en la misma persona.

Este delito castigado con pena de entre 4 y 8 años de prisión fue introducido por la LO 5/2010 al otorgar un tratamiento autónomo a las conductas relacionadas con la falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viajes, desligándolo así, señala la doctrina, del establecido para la moneda falsa, a la que aquéllas estaban asimiladas, y erradicando algunos problemas que provocaba dicha equiparación. Por ello, la doc-

trina apunta que estos delitos surgen de la protección intermedia que se le otorga a las tarjetas de crédito y débitos y cheques de viaje, como medio de pago, en relación a su distinta eficacia, situándolas entre las monedas y los documentos mercantiles. Anteriormente, se equiparaban a la moneda, equiparación que desaparece con la reforma introducida por la LO 5/2010.

Hasta la reforma del año 2010 la doctrina había cuestionado y criticado su falta de tratamiento autónomo, apuntando que el comercio con estos instrumentos, generalizado en los bancos a partir de los años setenta del siglo XX, alcanzó de inmediato un enorme nivel en el conjunto de la actividad económica. Sin embargo, su extensión no había llevado aparejado, en paralelo, un tratamiento legal autónomo del mismo. No existía, a nivel estatal o comunitario, una norma general reguladora de tales métodos de pago, sino que su regulación se distribuía entre normas heterogéneas destinadas a dotar de seguridad jurídica a los actos económicos que se desarrollan a través suyo. Entre estas normas, son de especial relevancia la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, o la Recomendación 97/489/CE, todas ellas dictadas al amparo del criterio de la flexibilidad normativa. Pero era preciso un tratamiento autónomo, como el ahora reflejado en el tipo penal.

Por ello, tras su regulación tipificadora en los arts. 399 bis y 400 apunta la doctrina sobre este tipo penal que el objeto material del delito de las distintas modalidades delictivas contempladas en el artículo 399 bis CP, se restringe a:

Tarjetas de crédito, emitidas por una entidad financiera o de crédito autorizada, por las que se autoriza a los titulares a realizar operaciones sobre una línea de crédito.

Tarjetas de débito emitidas por entidad financiera o entidad autorizada que operan directamente sobre el saldo de la cuenta corriente a la que esté vinculada dicha tarjeta.

Cheques de viaje, emitidos por entidades bancarias, financieras o grandes compañías turísticas, consisten en títulos valores a nombre de la persona que los firma en el momento de la emisión, y se hace efectivos en otra entidad financiera o como medio de pago en establecimientos mercantiles.

De esta manera se excluye las demás tarjetas utilizadas como medio de pago, como las tarjetas monedero, las tarjetas recargables o de prepago que no sean de crédito o débito y los documentos mercantiles de pago como cheque, pagaré o letra de cambio que se englobarían dentro de los delitos de falsificación de documento mercantil.

En efecto, como destaca la doctrina especializada con respecto al «alcance típico» de este precepto ahora analizado, resulta que hay que reparar en la restricción que supone el hecho de que el art. 399 bis CP menciona exclusivamente las «tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje», excluyendo a «las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago», que previamente contemplaba el art. 387 CP. Con esta acotación del objeto material parece difícil que puedan incluirse en el art. 399 bis CP medios de pago que dudosamente caben en el concepto de tarjetas de crédito o débito, como las tarjetas de centros comerciales, las de transporte o las de teléfono; algunas de ellas, caracterizadas por ser pre-pago, ya se entendían excluidas de la falsificación de moneda por la Consulta 3/2001, de 10/V, de la FGE. De acuerdo con lo apuntado, estamos ante una restricción del ámbito típico, cuyo sentido debe hallarse en el hecho de que las operaciones ilícitas con las tarjetas excluidas no presentan potencialmente el grado de lesividad que afecta, cuando menos, a las de crédito y débito. Desde ese punto de vista, las actividades criminalizadas en el art. 399 bis CP, cuando tengan por objeto aquellas otras tarjetas, quedan en el seno de los tipos de falsedad documental (documento mercantil), lo que ya sucedía con objetos como

bonos de transporte, bonos de gasolina, cheques-regalo, cheques que no son de viaje, letras de cambio, pagarés, etc. Con todo, no puede obviarse que esta opción del legislador a la hora de acotar el objeto material del delito genera consecuencias prácticas no menores, habida cuenta de las notables diferencias de penalidad que presentan el tipo de falsedad en documento mercantil (prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, *ex art.* 392 CP) y los del art. 399 bis. 1 y 2 CP (prisión de 4 a 8 años, en su modalidad básica)

Con ello, tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se elimina la equiparación existente entre las tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje y la moneda, dejando de considerarlas como tal y pasando a tener su protección propia e intermedia en el artículo 399 bis CP, debido a la distinta eficacia como medio de pago, situándose entre la moneda y los documentos mercantiles como letras de cambio o cheques, como medio de pago. Con ello, hay que destacar que la descripción de las conductas típicas (alterar, copiar, reproducir o falsificar de cualquier otro modo) que realiza el art. 399 bis.1 CP parece tendencialmente afortunada, en la medida en que, yendo más allá de los comportamientos de falsificación mediante copia o reproducción, permite incriminar hechos de fabricación o creación *ex novo* y de alteración, que es especialmente frecuente.

De esta manera, la tipificación de estos hechos con el detalle que se ha realizado era una aspiración y una necesidad que se plasmó en el año 2010, ante la proliferación de conductas como la ahora reseñada y el difícil recorrido investigador de los grupos que se organizaban y organizan para atacar la integridad de la tarjeta de crédito o débito causando un serio daño a toda la cadena comercial y personal, ya que se ataca a la economía del sujeto pasivo, quien momentáneamente ve extraído de su cuenta el importe del gasto, se ataca a la entidad bancaria que debe resarcir al perjudicado el importe de la suma distraída, o el gasto llevado a cabo con la compra realizada con la tarjeta alterada, y, por último, y lo que es más importante, se pone en riesgo y juego el mercado financiero con la introducción en el comercio de sistemas de adquisición de bienes con dinero de plástico falsificado, lo que con la falsificación de moneda de los arts. 386 y ss. CP provoca una grave afectación y ataque al sistema financiero y de compras con crédito por la cadena de perjudicados que introduce con su falsaria conducta.

Por este motivo, la doctrina destaca que, de este modo, el art. 399 bis.1.I CP in fine dispone que se impondrá la pena en su mitad superior «...cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas...». Esta mención, que fundamenta la agravación del marco de penalidad en consideraciones de desvalor de resultado, no resulta desconocida en el cuerpo legal vigente, toda vez que se emplea también en la regulación del delito masa o con sujeto pasivo masa del art. 74.2 CP, y debe tener la misma interpretación que en esta norma. Junto a ello, se apunta que el art. 399 bis.1.I CP establece un segundo subtipo cualificado, aplicable «... cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades», en consonancia con la preocupación general de la reforma de dar una regulación adecuada a los casos en que los hechos delictivos se realizan por parte de organizaciones criminales (vid., en particular, los nuevos arts. 570 bis y ss. CP). En el caso de los hechos de falsificación de tarjetas y cheques esta previsión resulta especialmente afortunada, toda vez que la complejidad técnica de buena parte de las conductas del art. 399 bis.1 CP determina que frecuentemente se realicen en el marco de organizaciones criminales en sentido estricto. De este modo, se supera la situación precedente, en la que la existencia de dichas estructuras sólo generaba, en su caso, la imposición de consecuencias accesorias a la organización, pero no, en principio, la cualificación de la pena impuesta a los responsables individuales.

Nótese con ello que frente a la facilidad de uso que provoca el manejo de las tarjetas de crédito o débito el riesgo de la introducción de sistemas de alteración, copia, reproducción o falsificación de las tarjetas exige de un férreo control por el sistema, a fin de evitar graves perjuicios en el sistema de mercado y en la confianza en el uso de este material por los usuarios. De este modo, con independencia de que las entidades bancarias que entregan a sus clientes estas tarjetas mejoren sus mecanismos de protección el legislador ha mejorado el sistema de persecución para tutelar los derechos e intereses de los perjudicados desde el directo perjudicado inicial hasta la entidad bancaria que no debe verse sometida a una situación de impunidad o de falta o ausencia de recobro de la suma que ha debido satisfacer a su cliente ante la comisión de un delito de las acciones contempladas en el art. 399 bis CP referidos, incluso, sancionando a las personas jurídicas por medio de las cuales actúen los autores en el propio art. 399 bis.1.2.º CP para derivar responsabilidad penal a las personas jurídicas en estos casos, de tal manera que las empresas, sobre todo las destinadas a la informática, deberían tener en su programa de compliance penal la referencia a la protección de la evitación de la comisión de estos hechos por sus directivos y empleados, o del uso de la empresa para favorecer la comisión de estos delitos, que tienen su máxima expresión en los tres tipos de los pagos en centros comerciales, el pago a través de redes informáticas y las conductas abusivas en cajeros automáticos.

Ya hemos adelantado anteriormente la cadena de perjuicios y perjudicados que provocan estas conductas, como la aquí declarada probada en este caso, lo que lleva a la doctrina a fiar esta secuencia al destacar que el titular de la tarjeta transmite a la entidad bancaria la deuda adquirida con el establecimiento comercial, estableciendo relaciones jurídicas dos a dos (titular-banco; titular-comercio; comercio-banco); sin embargo, lo más característico del sistema es que no se trata de una relación intuitu personae, puesto que la deuda nace y produce plenos efectos jurídicos aunque quien use la tarjeta no sea el titular. Esta clase de relaciones obliga al establecimiento de sistemas de seguridad eficaces en la transmisión de los datos y de las operaciones realizadas para mantener la confianza de los usuarios en el sistema, y, sobre todo, se persigue proteger la estabilidad de las transacciones comerciales. Con ello, un adecuado sistema de protección, control y evitación de este tipo de conductas tipificadas en el art. 399 bis CP permite una mayor fluidez de estas operaciones comerciales, mayor confianza en el comerciante en que quien utiliza la tarjeta es su titular y que quien le atiende no procederá al clonado de la tarjeta, y, lo que es más importante, que no podrá hacerlo. Sobre la relevancia de estas conductas, como las aquí probadas y admitidas, en el sistema financiero hay que señalar que las compras realizadas con tarjetas en 2018 en España alcanzaron casi los 4.000 millones de operaciones, por un valor superior a los 147.431 millones de euros lo que supone incrementos del 13,8% y del 9,1%, respectivamente sobre el año anterior, según consta en la 'Memoria anual sobre la vigilancia de las infraestructuras de los mercados financieros 2018' elaborada por el Banco de España. El informe también indica que en 2018 se registraron algo más de un millón de operaciones fraudulentas con tarjetas, por un importe de 88 millones de euros. Del total de operaciones fraudulentas, el 64% corresponde a fraude en compras realizadas en operativa remota, y el resto a TPV físicos (34%) y a cajeros (2%).

Y no se trata de que el comercio cobre en cualquier caso en el caso de comisión de estos delitos, porque al final el dinero entra en su cuenta corriente con la venta del bien, o que el titular de la tarjeta sea indemnizado por su banco, sino que éste último no tenga que asumir un volumen de pérdidas por esta metodología delictiva, y que, por ello, la informática pueda impedir este tipo de hechos, porque una proliferación

de estas conductas y la ausencia de mecanismos de control causa, como hemos apuntado, un relevante daño al sistema comercial, bancario y financiero de un país.

Se recoge, así, por la doctrina la gran cantidad de hechos que se están cometiendo relacionados con esta tipología y que se manifiestan en:

1. Falsificación de tarjeta bancaria.
2. Colocación de instrumentos electrónicos en cajeros automáticos que descifren los datos de tarjetas bancarias para su clonación.
3. Falsificación del documento que convierte al sujeto en titular de una tarjeta auténtica.
4. Falsificación de la firma que incorpora una tarjeta auténtica.
5. Uso ilícito de una tarjeta obtenida de forma legal.
6. Uso ilícito de una tarjeta falsificada.
7. Uso ilícito de una tarjeta ajena obtenida a través de un delito patrimonial.
8. Uso ilícito de una tarjeta obtenida a través de engaño realizado al emisor.
9. Uso de los datos de una tarjeta de crédito o débito a través de Internet.

Así pues, ante esta gran variedad de hechos relacionados con los procedimientos de autoría de alteración o de mero uso resulta evidente la gran afectación que tienen los clientes del sistema de uso de estas tarjetas y la necesidad de potenciar los medios de seguridad informática y de evitación de estas conductas.

Es, precisamente, el deterioro en la confianza en el sistema de uso de estos medios de pago electrónicos un daño evaluable que provocan estos hechos, y la propia sensación que padece el cliente al que le «han entrado en su cuenta corriente» efectuándole un cargo que no ha llevado a cabo.

Apunta la doctrina, también, que junto al tipo penal del art. 399 bis CP se debe destacar la tipificación del art. 400 CP para referirnos a la fabricación o tenencia de útiles para la falsificación de moneda y documentales, ya que se recoge en este art. 400 CP una disposición común a todos los delitos comprendidos en el Título, modificado por la LO 1/15, de 30 de marzo, como actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, donde se castiga la fabricación y tenencia de útiles para la falsificación de monedas y documentales. Y con ello, se tipifica la fabricación, la recepción, la obtención y la tenencia de instrumentos, sustancias, datos, programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad y otros medios específicamente destinados a la falsificación. Se refiere a este tipo la doctrina como un delito común, de mera actividad, que castiga la mera disponibilidad de los medios detallados, sin que se requiera la puesta en funcionamiento, pero han de poseer la aptitud y cualidad para servir a la falsificación. Y como delito doloso requiere el dolo específico de destinarlo a la falsificación.

(STS 515/2019, de 29 octubre)

ARTÍCULOS 404 Y 432.2 CP

Caso Playa de Las Teresitas. Malversación de caudales públicos. Prevaricación: especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al entorpecimiento producido al servicio público: existencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo en relación a la redacción del art 432 vigente a la fecha de los hechos, que dicho delito se encuentra

presidido por el ánimo de lucro, ya sea propio o ajeno y en el presente caso la sentencia de instancia no puede llegar a afirmar que tal ánimo existiese.

(...) Ya hemos hecho referencia al dictado de la resolución arbitraria final que supone la formalización de la venta de los terrenos a sabiendas de la ilegalidad. Pero también hay que citar la Comisión Mixta de Urbanismo y Economía el 18 de julio 2001 aprueba por unanimidad el expediente, el Pleno Municipal el 23 de julio de 2001 aprueba por unanimidad el expediente y la ya citada de 18 de septiembre 2001, donde se firma ante notario el convenio y la escritura pública de compraventa.

Pues bien, a la hora de realizar un desarrollo de la doctrina jurisprudencial que relaciona ambos tipos penales por los que son condenados los recurrentes hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 575/2007 de 9 Jun. 2007, Rec. 245/2006 señala que:

«Resulta evidente que el injusto que se castiga en el delito de prevaricación es bien diferente en el delito de malversación, ni puede considerarse que el delito de prevaricación lleve, en progresión delictiva, al delito de malversación. La sustantividad propia de ambas figuras delictivas, cuyos tipos objetivos en nada coinciden, impiden sustentar un concurso de leyes, en el que una de las conductas típicas abarque la totalidad de la significación antijurídica de la otra, por lo que ambos delitos pueden concurrir en concurso de delitos». Y ello, al objeto de poder llevar a cabo la condena conforme se ha plasmado en el fallo de la sentencia recurrida.

(...) Las conductas llevadas a cabo por los condenados son claramente prevaricadoras. Y, como ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 302/2018 de 20 Jun. 2018, Rec. 1215/2017 no se trata de que sea una mera cuestión administrativa a dilucidar ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, sino que en este caso se debe aplicar la teoría de considerar necesario criminalizar el procedimiento administrativo seguido por los acusados, no tanto criminalizar el derecho administrativo en sí mismo.

La sentencia condenatoria del Tribunal no supone, por ello, criminalizar administrativamente la actuación de los recurrentes en un procedimiento administrativo, por cuanto estas conductas integran dos ilícitos penales claramente destacados, y con ello, su respuesta no queda al abrigo o amparo de la mera impugnación de un acto administrativo, al integrar los elementos de los tipos por los que han sido condenados.

(...) En consecuencia, podemos citar en relación a lo ocurrido la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 648/2007 de 28 Jun. 2007, Rec. 1293/2006 que señala «en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torrelaguna de 27 de Octubre de 1995, adoptado con los votos del Alcalde y Concejales recurrentes concurren los elementos configuradores del delito de prevaricación que ha sido el aplicado en este caso».

De esta sentencia se deduce la teoría del «voto consciente» y a sabiendas de su injusticia, por lo que solo quedarían incluidos en el tipo penal aquellos que conocieran o pudieron conocer la injusticia del acto, y este conocimiento concurría en los que fueron condenados por el Tribunal, ya que con su voto consciente contribuyen el dictado del acuerdo que es del que se deriva la adjudicación, cuando no se debió acudir a esta vía, sino a la del expediente de reclamación extrajudicial de crédito, y es la consciencia de la forma de acometer el acto y la decisión que se toma con la emisión del voto la que integran el delito del art. 404 CP. Y, además, el recurrente no fue un «extraneus». Como Concejal del Ayuntamiento que prestó su voto en la conformación del acuerdo prevaricador responde a la condición de funcionario público/autoridad al que se refiere el tipo penal, porque conocía lo ocurrido personalmente y votó a favor por el dolo de su conducta derivado de la exigencia del elemento subjetivo de la expresión «a sabiendas» del tipo penal».

Del mismo modo, ya señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 200/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 974/2017 que:

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación:

- 1.º) El servicio prioritario a los intereses generales.
- 2.º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- 3.º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E.).

Por ello, la sanción de la prevaricación 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, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) «el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...».

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 caso Intelhorce).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

1.º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2.º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3.º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4.º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5.º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho».

También como se dice en la STS 600/2014 del 3 de septiembre «el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, 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, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, 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.

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, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable».

En cuanto al carácter de la arbitrariedad, hay que señalar que no cualquier infracción puede y debe llevarse al terreno del derecho penal, sino que es preciso individualizar cada caso para analizar el «grado de esa incorrección o incumplimiento» y su intención por el autor de la decisión.

Recuerda el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 la STS. 627/2006 de 8.6 en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.

En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002) de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3.

En la sentencia del Tribunal Supremo 872/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 407/2016 se recoge en este punto de la adjetivación de la resolución que esa contradicción material entre la decisión y la legalidad se manifiesta cuando se vulnera la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho tan clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la C.E., 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.

Y en cuanto al grado de la ilegalidad o arbitrariedad hay que decir que en muchos supuestos hemos señalado la relevancia en el análisis del caso del grado de la ilegalidad como piedra angular de su tipificación penal en orden a su arbitrariedad absoluta.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 125/2016 de 22 Feb. 2016, Rec. 875/2015 que «El argumento es, en esencia, que, estando a lo que consta en los hechos probados de la sentencia, resulta que la intervención de la alcaldesa no colma el presupuesto de manifiesta ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo, lo que impediría hablar de una resolución injusta en el sentido que reclama el precepto de referencia; porque para ello sería preciso que la actuación contemplada resultase del todo incompatible con la totalidad de las interpretaciones pensables de los preceptos legales que tendrían que haber sido objeto de aplicación».

Debe, pues, definirse el acto arbitrario e ilegal absolutamente para ser prevaricador y en este caso los hechos probados lo evidencian con sumo detalle, y debe puntualizarse que la motivación del Tribunal determina el carácter claramente arbitrario del iter seguido por los condenados para conseguir su fin por encima de todo, apartando los informes que no les interesaban, pese a haber sido encargados, e incluso, buscar denodadamente aquellos que les interesaban, definiendo las propias condiciones en las que se debía emitir el informe, lo que denota que se buscaban informes ad hoc para conseguir hurtar del control a la fiscalización municipal.

Incidiendo, además, en el elemento subjetivo, señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 que «es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución.

De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7)».

Además, recordemos que la acción en el tipo penal del art. 404 CP 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:

1. Bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida.
2. Bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento.
3. Bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder –esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada–, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público (STS. Sala 3.ª de 20.11.2009 y 9.3.2010).

Y en este caso ya destaca con suma claridad la Sala 3.^a de este Tribunal Supremo que no se han respetado las normas esenciales del procedimiento. Y, además, no lo han sido con suma gravedad y dolo al ocultar los informes que le perjudicaban a los interesados en la valoración final del precio de la compraventa, y, por otro lado, no se ha utilizado el informe de valoración de funcionario público, circunstancia que se pretendía con la arquitecta municipal citada, y cuya completa declaración en el juicio, valorada por el Tribunal en el uso del privilegio de su intermediación conllevó a que manifestara de forma expresa y detallada todos los pormenores de la situación que pasó en este caso cuando, incluso, no pudo hablar de la realidad de lo que estaba ocurriendo. Pero lo que no quiso, pese a las presiones constatadas (prueba evidente de la irregularidad cometida) es ceder y ser partícipe del ilícito penal si confeccionaba un informe técnico a sabiendas de su incorrección e ilicitud. Ante su oposición los condenados optaron por seguir adelante con los informes que habían conseguido mutilando la realidad, y, finalmente, el Tribunal Supremo reflejó en su sentencia ya expuesta la infracción de las normas del procedimiento, y a sabiendas, como así se ha constatado de su irregular proceder con la ocultación de informes que les «perjudicaban» y presentación de los que les «beneficiaban» en su objetivo del beneficio a tercero y perjuicio correlativo de los caudales públicos.

Y en cuanto a la autonomía del derecho penal para intervenir en temas como el ahora sometido a consideración recordar que los supuestos donde se dan los delitos de prevaricación se ubican en materia administrativa, de ahí que en muchas ocasiones se oponga por las defensas que se debería dejar su tratamiento al derecho administrativo en materia de impugnación de actos.

Trata sobre ello el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 941/2009 de 29 Sep. 2009, Rec. 635/2008 al recoger que existe tal competencia y autonomía propia para decidir lo que es «asunto administrativo», pero trasladado al orden penal. Y a efectos del delito de prevaricación, no es suficiente con comprobar cuál es el orden jurisdiccional llamado a revisar esa actividad», defendiendo, por su parte, la tesis de «la autonomía del Derecho penal frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico» para pronunciarse sobre el particular. Y, en este sentido, se dice que por «asunto administrativo» no han de entenderse los «asuntos regidos por el derecho administrativo», sino «todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos».

Destaca el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1887/2002 de 13 Nov. 2002, Rec. 304/2001 que «Reiteradamente hemos destacado estas exigencias precisamente para referenciar el límite entre el mecanismo de control jurisdiccional, la jurisdicción contencioso administrativa, y el orden jurisdiccional penal en el delito de prevaricación donde actúa, como principio básico, el principio de intervención mínima que ha de evitar que cualquier desviación o alteración de la actividad administrativa respecto a la ley pueda verse inmersa en un proceso penal».

Como recuerda la TS S 1417/1998, de 16 Dic., «las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del Derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por vía de reclamaciones en vía gubernativa y, eventualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa».

Delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP.

(...) Ello determina que la malversación se entienda cometida al extenderse a los supuestos de desvío de dinero, que se produce cuando se facilita a un tercero la apropiación o sustracción («se consiente que un tercero sustraiga», art. 432.1 CP, redacción vigente a la fecha de los hechos). Y no solo se circunscribe el ilícito penal a

cuando la autoridad o funcionario público se apropia de los caudales públicos, sino en una actividad tendencial a que sea beneficiario un tercero, como aquí claramente ha ocurrido, como se ha probado con la prueba practicada.

La comisión de la malversación de caudales públicos la refiere el Tribunal con acierto a los distintos casos siguientes:

a. Supuestos de contratación en los que el pago por la administración no tiene como contrapartida la recepción real de prestación o servicio alguno.

b. La adquisición de productos o servicios que no sirven al interés público y que, desde la perspectiva del concepto personal de patrimonio utilizado por la jurisprudencia, generan un evidente perjuicio.

c. O los supuestos de compras con sobreprecio.

Estas circunstancias se han dado en el presente caso, como se ha explicado con detalle en los Fundamentos jurídicos precedentes.

(...) En cuanto a la concurrencia de la malversación de caudales públicos recordamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 214/2018 de 8 May. 2018, Rec. 10311/2017 (y STS 841/2013 de 18 Nov. 2013, Rec. 1075/2012) que se recogen los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, a saber:

«Elementos objetivos de la malversación:

a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el C.P, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.

b) Una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

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

d) Sustrayendo –o consintiendo que otro sustraiga– lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo. Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales.

Elemento subjetivo:

e) Ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STS 558/2017, de 13 de julio).

El elemento subjetivo lo integra el ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción. En el tipo subjetivo, es suficiente el dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado, a las Administraciones, o se hallan depositados, secuestrados o embargados por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos, caudales o efectos públicos (STS 545/1999, 26 de marzo).

La concurrencia de tales elementos típicos ha de ponerse en relación con el relato fáctico, dada la intangibilidad del mismo. Y del que hemos descrito por referencia al fijado por el Tribunal es evidente que los mismos concurren en el presente caso.

(...) Existe una cierta relación de medio a fin entre el delito de prevaricación y el delito de malversación que se declaran probados: las actuaciones arbitrarias que se declaran probadas, desde la manipulación del expediente administrativo, elaboración de una memoria de contenido mendaz o la votación favorable al Convenio y la com-

praventa sirvieron como instrumento que hizo posible la comisión del delito de malversación, es decir, el pago de un sobreprecio en la compraventa y la transferencia de aprovechamientos sin causa. Desde esta perspectiva, ambos delitos tendrían que ser castigados como un concurso medial de delitos (art. 77.1 inciso final CP; con relación a la naturaleza medial del concurso entre malversación y prevaricación, cfr. SSTS 25-11-2016, 3-9-2014, o 21-5-2012).

(STS 163/2019, de 26 marzo)

ARTÍCULOS 544 Y 545.1 CP

Caso Procés. Independencia de Cataluña. Sedición: movilizar a miles de personas para obstruir el registro judicial del Departamento de Economía de la Generalitat e impedir su desarrollo por los funcionarios encargados y no cumplir las órdenes del TSJ de Cataluña y del TC sobre la prohibición de celebración del referéndum enfrentando de forma frontal y masiva a una multitud contra los agentes que pretendían impedir su celebración.

En el ámbito del tipo objetivo, el alzamiento tendencialmente dirigido a la comisión del delito de rebelión exige como presupuesto que éste sea público y violento.

La violencia constituye, por tanto, un elemento esencial del tipo. El legislador emplea un adjetivo –violento– para describir la acción típica que integra el alzamiento del art. 472 del CP. Sin embargo, sin necesidad de recurrir a interpretaciones jurisprudenciales históricas que han espiritualizado al máximo esa expresión –hasta identificarla con la violencia sobre las cosas, *vis in rebus*–, lo cierto es que en el código penal, el uso ordinario del adjetivo «violento» comprende, no solo acciones que se proyectan sobre las personas, con exigencia de un contacto físico, sino también la violencia compulsiva, equivalente a la intimidación grave. El empleo de violencia psíquica no puede descartarse como elemento integrante del delito de rebelión. No postulamos una interpretación analógica llamada a subsanar deficiencias de técnica legislativa que pueden alentar la crítica por una hipotética infracción del principio de taxatividad. Se trata, simplemente, de atender al fin de protección del tipo penal, que autoriza una conclusión que abarque en la incriminación sublevaciones planeadas de forma incruenta pero intimidatoria o alzamientos que no llegan a consumir su objetivo y que no realizan actos de violencia física de cierta entidad.

Quienes discrepan de esta interpretación, invocan como argumento que cuando el legislador quiere abarcar, no solo la violencia física, sino también la intimidatoria, lo hace de forma expresa en el correspondiente tipo penal, hasta el punto de incluir una referencia explícita y alternativa a la violencia, la intimidación y las amenazas (cfr. arts. 144, 172.bis, 179.11, 180, 181, 183.2 y 4c), 187, 188.2, 202, 203, 232, 237, 242, 243, 245, 268, 284, 311.4o, 455, 464, 469, 470, 489, 490, 403, 498, 504, 522, 523, 550, 554.2 y 3, 557, 607.bis.9, 616.ter del CP).

Sin embargo, la existencia de preceptos con una alusión a medios ejecutivos alternativos no permite concluir que, siempre y en todo caso, cuando el legislador emplea el término «violentamente», está excluyendo la violencia compulsiva. El simple significado gramatical del adjetivo «violento» incluye en sus distintas acepciones una referencia a la violencia compulsiva. Y lo que es más importante, coexisten otros preceptos que avalan la interpretación extensiva que sostiene la Sala.

(...) Pues bien, la existencia de hechos violentos a lo largo del proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada.

(...) Pero no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. Resolver el juicio de tipicidad respondiendo con un monosílabo a la pregunta de si hubo o no violencia, supone incurrir en un reduccionismo analítico que esta Sala –por más que se haya extendido ese discurso en otros ámbitos– no puede suscribir. La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes. El Fiscal sitúa los primeros antecedentes del movimiento que califica como rebelde en el año 2012. Dibuja un período de cinco años hasta la aprobación, en septiembre de 2017, de las leyes de transitoriedad jurídica y referéndum. La creación de una legalidad paralela, concebida para la inobservancia de la Constitución de 1978, el anuncio de la celebración del referéndum, su fecha y la pregunta que iba a ser sometida a la consideración del electorado, son anteriores a los actos paradigmáticos de violencia, que se sitúan en los días 20 de septiembre y 1 de octubre del mismo año. Se trataría, por tanto, de actos de culminación de un proceso, no de actos instrumentales para hacer realidad lo que ya era una realidad. Esta afirmación no persigue minusvalorar el significado jurídico de esos actos violentos y multitudinarios de oposición al cumplimiento de las resoluciones judiciales. Solo busca ajustar el análisis de la estructura del delito de rebelión a las exigencias propias de un derecho penal filtrado por los principios que informan nuestro sistema constitucional.

No solo hemos recordado la necesidad de que la violencia sea instrumental, preordenada a los fines del delito. Hemos dicho también que ha de ser funcional. Y es en este punto donde topamos –todavía en el ámbito del tipo objetivo– con otro obstáculo para la afirmación del juicio de tipicidad. Hablamos, claro es, de la absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo, para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en el territorio catalán. Dicho con otras palabras, es violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación.

Referencia obligada para calibrar la verdadera existencia del delito de rebelión es el bien jurídico protegido por el art. 472 del CP. Se trata de un delito contra la Constitución. No bastará, por tanto, cualquier tipo de vulneración de la previsión constitucional para que el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista. El riesgo proscrito ha de concernir al núcleo esencial del sistema democrático que la Constitución instaura y garantiza. Desde luego, la secesión territorial, sin la previa reforma del texto constitucional alcanzaría ese rango de relevancia penal típica.

Es, por tanto, con la referencia a dicho bien jurídico como ha de valorarse si el comportamiento es efectivamente funcional para crear potencialmente un riesgo para ese bien jurídico. La efectiva potencialidad de los actos del autor es la línea que diferencia el comportamiento penalmente relevante de la mera difusión de un discurso que postule una opción política integrada por cualquiera de las finalidades del artículo 472 del Código Penal y, en particular, con la secesión territorial del Estado. El delito surge cuando se pasa de la expresión política del deseo de aquellas metas o, si se quiere, de la defensa teórica de su excelencia, a la procura activa de su consecución. Pero de tal manera que sea inequívoca la objetiva adecuación ex ante entre los actos y el objetivo penalmente relevante.

Y el plus de ilicitud de ese objetivo deriva de los modos de comportamiento típicos: alzamiento público y violento. Hemos apuntado supra que, conforme a su significado estrictamente gramatical, «violento» equivale, según el diccionario de la RAE, a uso de la fuerza para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o

imponer algo. Incluso en la sistemática del Código Penal la voz «violencia» se usa en sentido más amplio que el acotado como agresión o fuerza física (cfr. arts. 170, 173.2 o 515.2). El tipo exige que ese comportamiento tumultuario y violento se vincule directamente con la obtención de la finalidad típica. Como ya hemos apuntado, los hechos probados describen momentos de obstrucción a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales en los que, aun tildados de violentos, la fuerza o, si se quiere, la agresión no era funcional para el logro directo de la finalidad típica, sino para hacer viable el objetivo perseguido por los acusados. La violencia penalmente relevante del delito de rebelión es solamente aquella que se vincula al tiempo de producirse directamente con el objetivo que constituye la finalidad típica.

Se ha dicho que la rebelión es un delito solamente sancionado si fracasa. Desde una perspectiva de coherencia dogmática, esa calificación sitúa el tipo en el terreno de los «intentos» tomados en consideración por la ley penal como modalidades anticipadas de consumación. Lo que, correlativamente supone la exclusión de relevancia penal en los casos, si no de ineficiencia, sí de inidoneidad o ineficacia considerable, ya *ex ante*, que impediría afirmar que se ha colmado la exigencia típica de dar principio a la ejecución.

Bastó una decisión del Tribunal Constitucional para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y la conjura fue definitivamente abortada con la mera exhibición de unas páginas del Boletín Oficial del Estado que publicaban la aplicación del artículo 155 de la Constitución a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Este hecho determinó a algunos de los procesados a emprender repentina huida. Los acusados que decidieron permanecer —ya sea por decisión personal, ya por la efectividad de las medidas cautelares de prisión que fueron adoptadas— desistieron incondicionalmente de la aventura que habían emprendido. Es más, desde el primer momento se aplicaron con normalidad las previsiones de aquella norma constitucional, en los términos autorizados al Gobierno de España por el Senado.

Pese al despliegue retórico de quienes fueron acusados, es lo cierto que, desde la perspectiva de hecho, la inviabilidad de los actos concebidos para hacer realidad la prometida independencia era manifiesta. El Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza, militar, policial, jurisdiccional e incluso social. Y lo mantuvo convirtiendo el eventual propósito independentista en una mera quimera. De ello eran conscientes los acusados. El Estado actuó, por tanto, como único depositario de la legitimidad democrática para garantizar la unidad soberana de la que aquella emana.

Desde la perspectiva de la dogmática penal, el delito de rebelión es calificado como delito de consumación anticipada. La previsión de la especificidad típica de una concreta finalidad en los actos llevados a cabo por el autor permite construir el tipo penal de tal suerte que se adelanta con el mismo la barrera protectora que supone la sanción penal. El momento de la consumación se anticipa respecto de la eventual obtención de lo que era finalidad del autor. Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a situar estos delitos en la categoría que se denomina delitos de resultado cortado. Como ya tuvimos ocasión de apuntar en la resolución que puso término a los artículos de previo pronunciamiento promovidos por las defensas, el resultado se proyecta sobre el juicio de relevancia típica de los actos del autor, pero sin exigencia de que su materialización se haya logrado. Ciertamente el de rebelión no constituye un delito que exija la lesión del bien jurídico que el tipo busca proteger, a saber, la Constitución española como garantía de valores y principios democráticos, o la integridad territorial del Estado español. La tipicidad surge desde la puesta en peligro de tales bienes jurídicos. Pero ese riesgo —insistimos— ha de ser real y no una mera ensoñación del autor o un artificio engañoso creado para movilizar a unos ciudadanos que creye-

ron estar asistiendo al acto histórico de fundación de la república catalana y, en realidad, habían sido llamados como parte tácticamente esencial de la verdadera finalidad de los autores. El acto participativo presentado por los acusados a la ciudadanía como el vehículo para el ejercicio del «derecho a decidir» –fórmula jurídica adaptada del derecho de autodeterminación– no era otra cosa que la estratégica fórmula de presión política que los acusados pretendían ejercer sobre el Gobierno del Estado.

Es claro que los alzados no disponían de los más elementales medios para, si eso fuera lo que pretendían, doblegar al Estado pertrechado con instrumentos jurídicos y materiales suficientes para, sin especiales esfuerzos, convertir en inocuas las asonadas que se describen en el hecho probado. Y lo sabían.

El tipo penal de rebelión, como delito de peligro, no puede circunscribirse al mero voluntarismo del autor. Un sistema jurídico democrático solamente puede dar una respuesta penal a comportamientos efectivamente dañosos de los bienes jurídicos mecedores de una tutela de esa naturaleza o, cuando menos, que impliquen un riesgo efectivo para su lesión. Así lo exige de forma irrenunciable el principio de ofensividad. 13. 3.– La quiebra de los elementos del tipo objetivo del art. 472 del CP sería, por sí sola, suficiente para excluir esa calificación jurídica. Una violencia –que existió y como tal la hemos declarado probada– que no pueda calificarse como funcional, preordenada o instrumental, no colma las exigencias típicas del delito por el que el Fiscal y la acusación popular formulan acusación. Pero más allá incluso de la conclusión a la que conduce el análisis de los elementos del tipo objetivo, el examen del tipo subjetivo aboca a la misma solución.

La finalidad del proyecto de los acusados no era vincular a sus actos de manera directa la efectiva instauración de un régimen jurídico como el diseñado en las decisiones parlamentarias reflejadas en las leyes 19 y 20 de 2017. Se pretendía en realidad convencer a un tercero, el Gobierno democrático de España, para que negociara con el Govern de la Generalitat el modo de acceder a la independencia de una parte del territorio español respecto de España.

(...) Los acusados sabían, desde el momento mismo del diseño independentista, que no existe marco jurídico para una secesión lograda por la simple vía de hecho, sin otro apoyo que el de una normativa de ruptura constitucional que pierda su eficacia en el instante mismo de su publicación. Los acusados sabían que un referéndum sin la más mínima garantía de legitimidad y transparencia para la contabilización de su resultado, nunca sería homologado por observadores internacionales verdaderamente imparciales. Eran conscientes, en fin, de que la ruptura con el Estado exige algo más que la obstinada repetición de consignas dirigidas a una parte de la ciudadanía que confía ingenuamente en el liderazgo de sus representantes políticos y en su capacidad para conducirles a un nuevo Estado que solo existe en el imaginario de sus promotores.

(...) Los actos llevados a cabo tenían, en efecto, una finalidad de persuasión del Gobierno español. La derogación de la vigencia de la Constitución española, que se circunscribiría solo al territorio catalán, tendría como condición sine qua non otros actos protagonizados determinadamente por terceros, –el Gobierno español– distintos de los actos del proceso ejecutados por los acusados. Éstos reforzarían su estrategia con el apoyo de la movilización ciudadana a la que convocaron insistentemente, por más que desde el engañoso mensaje de que el resultado de su participación sería vinculante para la vanamente prometida independencia.

Resulta así excluido un elemento subjetivo esencial del tipo penal imputado en las acusaciones, a saber, que la independencia y derogación constitucional sean la verdadera finalidad procurada como efecto directo del alzamiento que es presupuesto del tipo. Los hechos probados dejan constancia de que los acusados eran conscientes

de la ilicitud del proceso que venían impulsando, no solamente por los objetivos finales, sino también por los medios diseñados en su desafiante estrategia persuasora.

Aunque el método fuera solo configurado para doblegar políticamente la voluntad del Gobierno de España –lógicamente contraria a los objetivos últimos de secesión–, incluía una iniciativa referendaria de patente ilegalidad, que hacía objetivamente previsible la altísima probabilidad de que se produjeran incidentes violentos. Aquella ilicitud en la realización de los diversos actos, se puso de manifiesto en las decisiones del Govern de la Generalitat, en los acuerdos parlamentarios y en los modos de actuación a que se convocó a los ciudadanos, que han sido descritos en el hecho probado. Ilícitud que declaró sistemática y reiteradamente el Tribunal Constitucional y que dio lugar a actuaciones jurisdiccionales ordenadas por el Juzgado de instrucción núm. 13 de los de Barcelona y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Pero también deriva del hecho probado la disimulada certeza de los acusados, ocultada a la ciudadanía convocada, de que en ningún caso se accedería a la pretendida secesión territorial sin el asentimiento del Gobierno legítimo de (toda) España. Y de que su proclamación, sin este asentimiento, solo entraba en el plan de los acusados de una manera políticamente aparente, pero sin efectos jurídicos reales y apreciables.

No puede desconocerse por tanto que esa buscada intervención de sujetos que ostentaban el poder institucional legítimo del Estado español y que eran diversos de los sedicentes conjurados, constituiría, de conseguirse, una interrupción del nexo causal entre su comportamiento y la independencia deseada. En efecto, la buscada intervención del Gobierno español, voluntaria por más que fruto de la persuasión, impediría el regreso al comportamiento de los acusados como causa normativa de la independencia y de la derogación constitucional deseada. En consecuencia, las decisiones que implicasen la secesión, prescindiendo de la cuestión de su legitimidad, no les sería imputable objetivamente a los acusados convirtiéndoles en autores del delito de rebelión.

Todo lo anterior conduce inexorablemente a la absolución de los acusados respecto del atribuido delito de rebelión.

La no concurrencia del delito de rebelión nos obliga a un análisis ponderativo de la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de sedición, tesis acusatoria formalizada por la Abogacía del Estado y ya también presente desde la querrela del Fiscal.

La exclusión del delito de rebelión como propuesta final para el juicio de subsunción se produce, como venimos razonando, por la ausencia de una violencia instrumental, ejecutiva, preordenada y con una idoneidad potencial para el logro de la secesión. Pero también, de modo especial, por la falta de una voluntad efectiva de hacer realidad alguno de los fines establecidos en el art. 472 del CP. Quiebra así la estructura del tipo, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. El descarte de la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de rebelión es el obligado desenlace de su análisis contextual. Es también el resultado del examen de su debilidad instrumental para conseguir la independencia. Pero, sobre todo, es el efecto de la valoración de las declaraciones de los procesados y testigos en el plenario. Unos procesados que, al mismo tiempo que presentaban el referéndum del día 1 de octubre como expresión del genuino e irrenunciable ejercicio del derecho de autodeterminación, explicaban que, en realidad, lo que querían era una negociación directa con el Gobierno del Estado. Es insalvable la contradicción en que incurre quien se dirige a la ciudadanía proclamando que ha accedido a su propio espacio de soberanía e inmediatamente deja sin efecto la declaración de independencia para volver al punto de partida y reclamar, no la independencia, sino la negociación con un ente soberano del que afirma haberse desgajado, aunque solo temporalmente durante unos pocos segundos.

Como hemos apuntado *supra*, la defensa política, individual o colectiva, de cualquiera de los fines enumerados en el art. 472 del CP –entre otros, derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución o declarar la independencia de una parte del territorio nacional– no es constitutiva de delito. Pero sí lo es movilizar a la ciudadanía en un alzamiento público y tumultuario que, además, impide la aplicación de las leyes y obstaculiza el cumplimiento de las decisiones judiciales. Esa es la porción de injusto que abarca el art. 544 del CP. Ambos preceptos se encuentran en una relación de subsidiariedad expresa. No podemos, en fin, hacer nuestro un mal entendido principio de insignificancia, que reconduzca a la total impunidad comportamientos que, inútiles para las finalidades determinantes del tipo de rebelión, satisfacen las previsiones de otros tipos penales, como en este caso, el delito de sedición. 16. 2.– Conforme al art. 544 del CP, «son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

Añade el art. 545: 1. Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieron en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo.

2. Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años. 17. 3 Este Tribunal ya ha puesto de relieve la similitud entre la estructura típica de este delito y el de rebelión (cfr. STS 3 de julio de 1991). Sin embargo, la doctrina, pese a antiguas consideraciones de la sedición como una rebelión en pequeño, advirtió pronto de que la sedición no es sin más una rebelión en pequeño. Aunque en ambas ha de estar presente tanto la colectividad de la autoría como una cierta hostilidad en el medio para los respectivos fines de los autores. La dogmática ha subrayado –en un renovado interés por estos delitos, no siempre objeto preferente de atención académica– que la ubicación sistemática es un primer reflejo de la diversidad del bien jurídico protegido por ambos delitos. Tras la regulación del Código Penal de 1995, la rebelión encabeza el Título XXI del Libro II del Código Penal, donde se ubican los «Delitos contra la Constitución», mientras que la sedición abre su Título XXII, en el que se reúnen los «Delitos contra el orden público». Lo que es coherente con la diferencia de fines perseguidos por los respectivos autores. En efecto, en el delito de rebelión, los rebeldes persiguen los fines descritos en el artículo 472, que atañen a elementos esenciales del sistema constitucional –la Constitución, la Corona, las Cámaras legislativas, la unidad territorial, el Gobierno o la obediencia a éste de las fuerzas armadas–. Los sediciosos, por el contrario, limitan su afán al impedimento u obstrucción de la legítima voluntad legislativa, gubernativa o jurisdiccional –la aplicación de leyes, el ejercicio de funciones por autoridad, corporación oficial o funcionario público, o el cumplimiento de sus acuerdos, resoluciones administrativas o judiciales–.

Emparentada por la rúbrica del título de ubicación, la sedición difiere de otras figuras típicas de menor relevancia penal por la finalidad lesiva del sujeto sedicioso, como es el caso de los delitos de desórdenes públicos, alojados en el Capítulo II del mismo Título XXII. El genérico concepto de orden público no es de pacífica configuración en la doctrina ni en la literatura del propio código penal. Suele recurrirse a conceptos de seguridad en un sentido material como presupuestos de pacífica convivencia, reflejo de principios inderogables de alcance constitucional que, en todo caso, deben diferenciarse de la mera tranquilidad pública. Se trataría, en fin, de la protec-

ción penal del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus funciones –siempre de acuerdo con los principios democráticos que confieren legitimidad a su actuación– y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado.

La diversidad de tipos incluidos en el Título XXII –desórdenes públicos, atentados, resistencia, desobediencia tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, organizaciones y grupos criminales y terrorismo– y la gravedad de la respuesta penal asociada a algunos de ellos, constituyen un óbice a ese reduccionismo en la configuración del bien jurídico protegido. De hecho, algunos de los delitos de terrorismo alojados bajo la rúbrica de delitos contra el orden público exigen un elemento tendencial, encaminado a «... subvertir el orden constitucional» (*cf.* art. 573.1.1 CP). Son preceptos, por tanto, que desbordan los reducidos límites del concepto de orden público concebido como bien jurídico autónomo. Todo ello ha llevado a diferenciar el orden público de otros conceptos como el de paz pública, que permitiría construir un bien jurídico identificable con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. E incluso a negar la funcionalidad taxonómica del concepto de orden público que se ve comprometido en la práctica totalidad de delitos, hasta el punto de que se ha visto en ese enunciado una cláusula puramente formal, que exige acudir, en cada caso concreto, al interés protegido en los distintos tipos penales incluidos bajo su ámbito.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de esa diferencia. Decíamos en la STS 1154/2010, 12 de enero, que «... se ha discutido si la noción de orden público es coincidente con la de paz pública. A pesar de su proximidad y de las dificultades para su distinción, ésta resulta obligatoria. (...) Las definiciones han sido variadas, pero puede entenderse que la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS 987/2009, 13 de octubre, se precisaba que: «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas» (*cf.* SSTS 865/2011, 20 de julio, 987/2009, 13 de octubre y 1622/2001, 21 de septiembre).

Criterio específico es el de la estructura típica del concreto comportamiento penado. Atiende el legislador a la entidad de la lesión o riesgo generado para el bien jurídico. No es equivalente para el legislador la sedición y el atentado o el mero desorden. La desobediencia clásica y simple es un delito muy distinto a la sedición. Pero la sedición es un aliud y no meramente un plus o un minus. Implica conductas activas, alzamiento colectivo, vías de hecho, despliegue de resistencia. La concreta gravedad del delito de sedición radica en su especificidad típica respecto de los otros tipos de la rúbrica. La sedición no alcanza a toda turbación de la paz o tranquilidad pública.

Aunque sea dudosa la exigencia –no siempre ausente en la jurisprudencia–, de una específica finalidad política o social, será necesario que afecte a la colectividad interesada en la efectividad de las funciones a que hicimos referencia.

En definitiva, el principio de proporcionalidad propio del derecho penal democrático exige valorar si el tumulto imputado a los autores pone efectivamente en cuestión el funcionamiento del Estado democrático de derecho. Así lo impone, no solo la vigencia de los principios que informan la aplicación del derecho penal en nuestro sistema constitucional, sino la necesidad de no incurrir en perturbadoras interferencias entre el ámbito típico del delito de sedición y otras respuestas del derecho administrativo sancionador, que miran a formas de obstrucción no encajables en el tipo penal descrito en el art. 544 del CP (*cf.* art. 36.4 de la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana). 18. 4.– Desde la perspectiva de la actividad delictiva, la sedición, como la rebelión, se caracteriza por no ser cometida mediante un solo acto sino por la sucesión o acumulación de varios. Son delitos plurisubjetivos de convergencia, en la medida en que su comisión exige una unión o concierto de voluntades para el logro de un fin compartido. No son delitos simples sino compuestos. No necesariamente complejos, es decir integrados por actos cada uno de ellos delictivo. Los actos cuya conjunción constituye el tipo penal pueden aisladamente no ser delictivos. Y si lo son, como en el caso del mero desorden, no impide la punición separada, a salvo cuando venga absorbido por el alzamiento sedicioso.

Más allá de la mera actuación en grupo, la sedición exige como medio comisivo el alzamiento tumultuario y tiene la finalidad de derogar de hecho la efectividad de leyes o el cumplimiento de órdenes o resoluciones de funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones. No faltan propuestas doctrinales que propugnan una interpretación actualizada de ese alzamiento público, que abarque la interconexión, de miles de personas que pueden actuar de forma convergente, sin presencia física, a través de cualquiera de los medios que ofrece la actual sociedad de la información.

La mera reunión de una colectividad de sujetos no es, sin más, delictiva. El delito surge cuando, además de ser tumultuaria y pública, acude como medios comisivos a actos de fuerza o fuera de las vías legales, para dirigirse con potencial funcionalidad a lograr que las leyes no se cumplan o que se obstruya la efectividad de las órdenes o resoluciones jurisdiccionales o administrativas.

Resulta obligado subrayar que la descripción típica no anuda al alzamiento público, presupuesto compartido con el delito de rebelión, su expresa caracterización como violento.

La sentencia de esta Sala, dictada con fecha 10 octubre 1980, al analizar la regulación del entonces artículo 218 del Código Penal, además de interesantes referencias históricas y de derecho comparado, resalta su forma colectiva y tumultuaria de alzamiento, calificándola como una infracción de actividad o de resultado cortado. También lo califica como delito de tendencia pues, por una parte, el alzamiento ha de encaminarse necesariamente a la consecución de alguno de los objetivos señalados en los cinco números del art. 218 citado –hoy 544– y, por otra, el alzamiento, por sí solo, consume el delito aunque no se hayan logrado los fines propuestos. Pero se requiere que el alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados por la fuerza. Y ese precedente –no se olvide, referido a un precepto carente ya de vigencia– equipara la fuerza al empleo de dos modos ejecutivos que pueden operar de forma alternativa: a) modos violentos –violencia absoluta o compulsiva– que pueden recaer, tanto sobre las personas como sobre las cosas –vis física o vis in rebus–; b) modos fuera de las vías legales, es decir, que se desarrollan de manera ilícita, ilegítima o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación, protesta, disenso o de disconformidad que la ley permita, arbitre o prescriba.

Aquella sentencia –cuya valor hermenéutico es más que limitado, al referirse a un artículo previgente– advertía que el modo violento no era solamente la agresión física sobre las personas. En el plano dogmático, cobra aquí especial valor el discurso argumental de una penalista –escrito y publicado con la misma solvencia técnica con la

que asumió en el plenario la defensa de uno de los acusados – que, siguiendo autorizados criterios doctrinales, razonaba que la expresión «tumultuario» no puede tener otra significación que la de «abierta hostilidad, y adiciona un contenido de hostilidad y violencia que no tiene por qué ser física ni entrañar el uso de la fuerza, como expresa la alternativa modal entre ésta o «fuera de las vías legales», pero que ha de vivificarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias, injuriosas, etc.». Solo así –según razonando– puede deslindarse «... la sedición de la pacífica oposición colectiva a la ejecución de las leyes o al ejercicio de la función pública fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba».

La Sala hace suyo este razonamiento.

La descripción del tipo previsto en el art. 544 del CP –si se descartan otras interpretaciones voluntaristas– incluye una alternativa en la descripción del alzamiento público y tumultuario. En efecto, éste puede ejecutarse «por la fuerza o fuera de las vías legales». Quienes entienden que, pese a esa redacción en términos alternativos, la exigencia de violencia en el delito de sedición es inherente al vocablo «alzamiento», se apartan del significado gramatical de esa palabra. En las veinticuatro acepciones que el diccionario de la RAE asocia a la voz «alzar» o «alzarse», ninguna de ellas se vincula de modo exclusivo al empleo de violencia. Tampoco respalda esa tesis el significado gramatical del vocablo «tumultuario».

El alzamiento, por tanto, se caracteriza por esas finalidades que connotan una insurrección o una actitud de abierta oposición al normal funcionamiento del sistema jurídico, constituido por la aplicación efectiva de las leyes y la no obstrucción a la efectividad de las decisiones de las instituciones. Pero no es una exigencia que la actuación de grupo sea ajena a patrones organizativos, pudiendo desenvolverse conforme a concretas especificaciones estratégicas prediseñadas. 19. 5.– La consumación debe establecerse atendiendo a la naturaleza del tipo penal como de resultado cortado, en similares términos a los expuestos en relación con la rebelión. Lo que exige una funcionalidad objetiva, además de subjetivamente procurada, respecto de la obstaculización del cumplimiento de las leyes o de la efectividad de las resoluciones adoptadas por la administración o el poder judicial.

El impedimento tipificado no tiene pues que ser logrado efectivamente por los autores. Eso entraría ya en la fase de agotamiento, más allá de la consumación. Pero, ni siquiera en cuanto finalidad de los autores tiene que ser pretendido por todos ellos de manera absoluta. Basta que se busque obstruir o dificultar en términos tales que resulte funcional para el objetivo de disuadir de la persistencia en la aplicación de las leyes, en la legítima actuación de la autoridad, corporación pública o funcionarios para el cumplimiento de sus resoluciones administrativas o judiciales. Porque esa pretensión disuasoria implica en sí misma una voluntad de impedir definitivamente, siquiera aplazada en el tiempo.

Los contornos del delito de sedición –otra cosa sería probablemente la violencia que caracteriza a la rebelión– quedan cubiertos cuando del simple requerimiento a quienes permanecían aglomerados y compactados se pasa al necesario intento de anular su oposición. También cuando los agentes tienen que claudicar y desistir de cumplir la orden judicial de que son portadores ante la constatada actitud de rebeldía y oposición a su ejecución por un conglomerado de personas en clara superioridad numérica. A este formato responden los casos más numerosos, a la vista de que en casi todos los colegios se personaron los agentes de los Mossos de Esquadra. Igual significación penal hay que atribuir al anuncio por los congregados de una determinada actitud de oposición a posibilitar su actuación, incluso mediante fórmulas de resistencia –si se quiere, resistencia no violenta por acoger la terminología de la prueba pericial pro-

puesta (...)-. Esa negativa, en ese escenario, aunque no se diese un paso más, es por sí sola apta e idónea para colmar las exigencias típicas del delito de sedición.

El derecho a la protesta no puede mutar en un exótico derecho al impedimento físico a los agentes de la autoridad a dar cumplimiento a un mandato judicial, y a hacerlo de una forma generalizada en toda la extensión de una comunidad autónoma en la que por un día queda suspendida la ejecución de una orden judicial. Una oposición puntual y singularizada excluiría algunos ingredientes que quizás podrían derivarnos a otras tipicidades. Pero ante ese levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición. La autoridad del poder judicial quedó en suspenso sustituida por la propia voluntad –el referéndum se ha de celebrar– de los convocantes y de quienes secundaban la convocatoria, voluntad impuesta por la fuerza.

Esas vías de hecho –fuera de las vías legales señala el art. 544 CP– vienen conformadas también por los casos en que los agentes de la autoridad –los Mossos en la mayoría de las ocasiones– se ven conminados por una aglomeración de personas impermeable a cualquier requerimiento, venga de los agentes o venga de la autoridad judicial, para desistir de su intento de cumplir la orden judicial y han de claudicar en su objetivo, de forma vergonzante, resignada o en algunos supuestos casi complaciente. Han quedado evidenciados episodios de auténtica complicidad que se deducía claramente de algunas imágenes y escenas, complicidad y casi connivencia motivadas quizás por la coincidencia ideológica o por la seguridad de que de esa forma podían granjearse el aplauso y beneplácito de esos ciudadanos rebeldes o de los responsables políticos. En todos los centros de votación se repitió la negativa verbalizada de forma vehemente en un escenario de rechazo mostrado por un numeroso grupo de personas que bloqueaban la entrada y se mostraban decididos y firmemente determinados a no franquearla, pese al requerimiento judicial.

Hay que apostillar que el delito de sedición ya consumado no puede ser borrado por actuaciones posteriores de terceros. La tipicidad de unos hechos no se difumina por los denunciados excesos policiales que, para su debido tratamiento jurisdiccional, están siendo objeto de investigación en otros órganos judiciales. Se trata de denuncias y procesos diferentes, colaterales y, por tanto, no decisivos a efectos de la calificación penal que se proclama en esta sentencia.

(STS 459/2019, de 14 octubre)

ARTÍCULO 571 CP

Organización y grupos terroristas: delito formal o de mera actividad. Constituir una organización que asumía los principios y conceptos del ideario del DAESH y Al Qaeda con la finalidad de llevar a cabo actos de terrorismo tanto en el extranjero, por medio del envío de personas a Siria para combatir junto al Estado Islámico, como en territorio nacional, asumiendo las funciones operativas y actuando como elemento aglutinador, dinamizador y de formación del conjunto de personas que integran el grupo.

Varias cuestiones deben ser destacadas en el análisis del tipo penal del art. 571 CP, actual art. 572 CP:

1. El dolo. En estos casos ya hemos señalado que el dolo de este delito exige tres requisitos:

a) el sujeto debe ser consciente de su condición de miembro del grupo; b) debe saber que utiliza unos medios o tiene unos fines que van encaminados a los fines que establece el artículo 571 (actual 572) y c) debe ser consciente de la ilicitud de su conducta.

2. Delito formal o de mera actividad. El delito de integración en organización criminal es un delito formal o de simple actividad que se consume con la mera «perpetración», sin necesidad de ningún otro acto, lo que en otro caso, daría lugar a otra infracción (STS 54/1998, de 23 de enero).

Es decir, el delito de integración en organización terrorista no se consume cuando en el desarrollo de su actividad se comete algún otro delito, sino desde que se crea el grupo u organización con una de las finalidades expresamente tipificadas, esto es, la comisión de delitos, o atentar contra el orden constitucional o la paz pública

No era preciso, pues, en el presente caso que se llevara a cabo una actuación delictiva, sino que el tipo penal ya se cometía y se destacaba la subsunción del hecho en el art. 571 CP de la redacción vigente al momento de los hechos, en tanto en cuanto con la mera actividad de «promoción, constitución, organización o dirección» de la organización o grupo terrorista se entendería cometido el delito, graduándose la pena en razón a la decisiva participación de los integrantes.

3. Actuaciones previas de captación y de integración en el grupo. El objetivo del grupo se enraíza en integrar a personas con el mismo ideario, así como intercambiarse información para conseguir una «integración intelectual y psicológica» incrementando el odio al occidente considerándolo como el enemigo al que hay que abatir. Y así consta en la numerosa documentación que se ha intervenido en las diligencias de entrada y registro llevadas a cabo.

4. No se trata de una cuestión de libertad ideológica o de pensamiento, sino de la traslación de un ideario criminal. Es decir, no se trata de despreciar las ideas de los demás utilizando medios violentos, sino de que existe un pensamiento radical compartido que llega a traspasar el umbral de lo lícitamente permitido por la libertad de criterio para llegar a una impregnación del odio a occidente y la plasmación de un ideario que pasa por la actividad terrorista.

(STS 104/2019, de 27 febrero)

ARTÍCULO 575 CP

Terrorismo, adoctrinamiento pasivo: realizar las conductas por sí mismo de adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas u otras similares con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo.

Debemos recordar que el artículo 575 del Código Penal prevé en el apartado 1 una finalidad del acto típico caracterizada por la obtención de «capacidad» para cometer delitos de terrorismo. Pero, a continuación, subdivide en dos los ámbitos en los que aquella capacidad puede operar: el adoctrinamiento y el adiestramiento. Diferenciación que recogen los instrumentos internacionales, a los que el legislador remite

como motivo de la reforma por Ley Orgánica 2/2015, diferenciando una y otra modalidad de capacidad.

2. En cuanto a la relevancia penal del autoadoctrinamiento (y del autoadiestramiento) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de exponer extensamente la falta de cobertura en los instrumentos internacionales mencionados en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 de las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento del art. 575.1 y 2 CP, y la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información. (STS 354/2017)

Pese a las referencias del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015, a la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2178 (24/9/2014) y a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la UE, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de tales instrumentos no deriva el tipo penal que nos ocupa. La resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU no contempla el autoadoctrinamiento. Tampoco en las citadas Decisiones Marco de la UE.

La Directiva de la UE 2017/541, en vigor desde 20 de abril de 2017, con plazo de transposición hasta septiembre del próximo año, tampoco recoge esta figura del adoctrinamiento de uno por sí mismo. El Consejo de Europa lo rechaza incluso de manera explícita. El listado de delitos contemplados en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), se incrementa en el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, en el que se incluye «recibir adiestramiento con fines terroristas» si bien dejando en libertad a los Estados firmantes para decidir sancionar las modalidades de autoadiestramiento.

En la STS 354/2017, que también es citada por el recurrente, recordábamos que «respecto del adoctrinamiento, sólo se contempla en una concreta modalidad activa del mismo, el «reclutamiento con fines terroristas» entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción, se hizo evidente que la penalización de la conducta «pasiva» («hacerse reclutar para el terrorismo») crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de «hacerse reclutar para el terrorismo» que comprendiera un comportamiento suficientemente «activo» también presentaba serias dificultades».

Antes de la reforma del 2015, ya dijo esta Sala en STS 503/2008, de 17 de julio, en el apartado 4, que: «La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificarse, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos

individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.»

3. Debemos ahora establecer los elementos del tipo penal imputado a los acusados (artículo 575.2 del Código Penal) en el concreto aspecto alegado en el recurso de apelación del Ministerio Fiscal «adoctrinamiento pasivo», o adoctrinarse los acusados a sí mismos, único delito que en el recurso expresamente imputa el recurrente a los acusados. Por lo que no procede analizar cualquier otra forma que se encuentre fuera del citado tipo penal, como el adoctrinamiento activo o el autoadiestramiento.

El citado delito ha sido minuciosamente analizado por esta Sala en nuestra sentencia 734/2017, de 15 de noviembre, en la que se hace constar que «El adoctrinamiento pasivo, consistente en la recepción de doctrina, resulta estructurado, conforme al citado artículo 575.2 del Código Penal, por los siguientes elementos:

A) Objetivamente el sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las lleve a cabo por sí mismo.

La actividad consiste en recibir 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).

Una de las posibles modalidades de esa recepción ocurre cuando el autor acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas.

También comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos, sin exigencia en este caso de habitualidad.

Supuestos que el n.º 2, párrafos segundo y tercero del citado artículo 575 enumeran como ejemplos y no como descripción exhaustiva.

B) En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo).

Como dijimos en la reciente STS 661/2017, de 10 de octubre, el elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Constituye la finalidad de tales accesos, adquisición o posesión, lo que algún sector de la doctrina denomina la intencionalidad objetiva o, más amplia y tradicionalmente, «elementos subjetivos del tipo». Es de subrayar la dificultad de su constatación o la especificidad de los criterios al efecto. Ha de admitirse una cierta objetivación al respecto en la medida que el significado atribuido a los actos del sujeto deriva más de la acción misma, de su sentido exteriorizado, que de la intención subjetiva del autor, de la que, pese a ello, no cabe prescindir.

En todo caso la afirmación de su concurrencia es un ineludible requisito de la decisión de condena, y debe acomodarse al canon constitucional de presunción de inocencia.

C) La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor que por ello lleva a cabo el voluntario acceso, adquisición o posesión. La exigencia de ese componente finalístico del comportamiento determina que, en lo que se refiere a la denominada por algún sector doctrinal intencionalidad subjetiva, solamente quepa admitir la modalidad dolosa. Esta intencionalidad subjetiva presupone la existencia de la conducta ya penalmente relevante.».

2. Dado que el delito se puede consumir, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorio, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la auto capacitación sería atípica.

Es decir que el delito se entenderá cometido solamente si se puede constatar que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo.

Lo que, si es un requerimiento no exento de dificultades cuando se trata del adiestramiento en capacidades operativas, constituye ardua labor cuando la conducta enjuiciada no rebasa la esfera del auto adoctrinamiento. Porque en ese caso la línea que separa la conducta típica de la de mera ilustración penalmente irrelevante es bien delgada. Tanto si ésta se procura profesionalmente como historiador o informador, cuanto si se busca por mera curiosidad. Casos todos ellos en que la ausencia de la concreta finalidad delictiva terrorista excluye toda tipicidad, incluso en casos de idoneidad objetiva de los contenidos a los que se accede o de los documentos que se adquieren.

3. La necesaria especificación del significado de la expresión típica nos obliga a acudir al contexto en el que adquiere sentido el término significante adoctrinamiento.

Ese contexto viene dibujado por las demás expresiones de la norma: la referencia teleológica (capacitarse para) a la comisión de delitos de terrorismo, o la exigencia de que los contenidos estén dirigidos o los documentos sean idóneos para incitar.

Pero también por las exigencias del principio de intervención mínima del Derecho Penal, especialmente cuando acude a modalidades típicas en las que la lesión del bien jurídico protegido no es inmediata, sino que se sanciona el riesgo sin exigencia del daño.

Para nuestro Diccionario adoctrinar es Enseñar los principios de una determinada creencia o doctrina, especialmente con la intención de ganar partidarios. Y doctrina es (ibidem) conjunto de ideas, enseñanzas o principios básicos defendidos por un movimiento religioso, ideológico, político, etc.

Es decir, que adoctrinar es algo más que enseñar o informar. Incluso más que inculcar o infundir en una persona una idea, un concepto, un sentimiento, etc., con ahínco. Tanto el que enseña como el que procura que se le enseñe lo han de hacer con una finalidad que es la de lograr la adhesión de éste, que más que discípulo pasivo (primera acepción en el diccionario de RAE), persona que recibe enseñanzas de un maestro o que sigue estudios en una escuela, deberá tratarse de un discípulo activo (segunda acepción ibidem) persona que sigue y defiende las ideas, doctrinas y métodos de un maestro.

4. Tales requerimientos del sentido de la norma penal en este delito, se traducen también en exigencias para el relato de hechos probados que deben predicar la concurrencia de la doble exigencia finalística añadida a las características de los contenidos accedidos, adquiridos o poseídos por el acusado.

Así no basta afirmar estas características de idoneidad o incluso «dirección» objetiva de contenidos y documentos, sino que debe afirmarse que el autor actuó, no solamente conociéndolas, sino que accedió, adquirió o poseyó voluntaria y conscientemente con una doble y sucesiva funcionalidad. La primera que aquello que conocía le afirmaba en su adhesión a la doctrina en que se enmarcaban los conocimientos reflejados en la red o los documentos y la segunda incitaba o estimulaba su voluntad hacia la ejecución de un delito de terrorismo, sea de transmisión de tales conocimientos a otros, sea de incorporación a grupos de esa naturaleza, sea de cooperación con ellos, sea de enaltecimiento de sus integrantes o sea de cualquier otro tipo de aquellos delitos.».

(STS 306/2019, de 11 junio)

ARTÍCULO 577 CP

Terrorismo. Actos de colaboración: diferencias con los meros actos de adhesión ideológica que pudieran considerarse como actos neutrales.

Señala el recurrente que respecto a la expresión «No hay más Dios que Allah y Mohammad es su profeta» se entiende que se está conculcando la libertad religiosa proclamada en nuestra Constitución. Pero hay que incidir en que el acusado actuaba como defensor y difusor de la YIHAD violenta, y no en el legítimo derecho de profesar libremente su religión. No se trataba de que se estuvieran difundiendo o accediendo a contenidos religiosos, sino que se trataba de una conducta tipificada en el art. 577 CP. No se trata de una acción o mensaje aislado que bien puede el recurrente, o quien no lo desee, insertar en su perfil personal en redes sociales. Se trata de la comisión de delito tipificado en el art. 577 CP respecto a la incitación de conductas violentas.

A estos efectos, el Tribunal incide en que:

«La actuación desplegada por el acusado encaja, de lleno, en el tipo penal previsto en la redacción del artículo 577 en la redacción dada por LO 2/2015, de 30 de marzo sanciona al que «lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo». Y en interpretación auténtica, el propio código identifica como actos de colaboración, «la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior»; equiparándose a efectos punitivos la «actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo», así como el «adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello».

El precepto trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. No se exige, por ello, una adhesión ideológica del colaborante con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el sólo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo –como se ha dicho– no pertenezca a la banda armada, a la organización, o al grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo».

No se trata, pues, que el recurrente lleve a cabo una conducta de unas ideas de contenido religioso, como propone, sino que los hechos probados describen otro tipo de conductas que ya han sido referidas, y con un claro objetivo de la promoción y facilitación de conductas violentas de terrorismo.

Cabe citar aquí la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 618/2008 de 7 Oct. 200, Rec. 10386/2008, que señala que «En cuanto a su invocación de la libertad de opinión y libertad religiosa, debemos recordar como dice el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede esgrimirse para cometer hechos delictivos».

(...) Lo relevante en este caso es distinguir con claridad la diferencia entre la mera adhesión ideológica a las ideas del DAESH y la YIHAD, y los verdaderos actos de colaboración que integran el tipo penal del art. 577 CP por el que es condenado el recurrente. Así pues, lo trascendente es determinar actos concluyentes de colaboración que tiendan a coadyuvar en los fines de la organización terrorista, y conseguir el propio significado que constituye su verdadero objetivo. Todo ello más allá de ser considerados actos de mera adhesión ideológica a una causa, con la categoría de ser verdaderos actos colaborativos que permitan seguir fomentando y positivizando que la organización cuenta con adeptos a la causa que mediante actos colaborativos eficaces auxilien al fondo nuclear de la actividad terrorista.

Los meros actos de adhesión ideológica no pasarían de ser, así, una mera manifestación de voluntad sobre los que habría que medir su alcance por sí podrían enmarcarse, luego, en un delito del art. 578 CP si se diera un paso más que la mera «adhesión». Se trata así de la realización de un acto de colaboración objetivamente idóneo ex ante para aportar alguna relevancia a las actividades de la organización terrorista, «sin necesidad de que se produzca el beneficio efectivo para la organización».

(...) Con ello, lo importante es que exista disponibilidad sobre la aportación para que se consuma el delito.

Ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 2007 que «el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz». Y en este caso entendemos que la aportación del recurrente adquiere suma relevancia en la descripción de las actividades informáticas llevadas a cabo.

De no ser relevante la aportación estaríamos hablando de actos neutrales en el fenómeno terrorista, que no son actos de colaboración que integran el tipo penal por el que es condenado el recurrente. Y para ello debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 942/2013 de 11 Dic. 2013, Rec. 214/2013 viene a señalar al respecto que: «La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero».

El tipo penal objeto de condena, que es el art. 577 CP describe una serie de conductas que describen actos de colaboración con actividades o fines de una organiza-

ción terrorista. Y para ello, el precepto señala los que podemos desglosar en las conductas siguientes del apartado 1.º y 2.º:

1. Llevar a cabo, recabar o facilitar cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo (apartado 1.º).

2. Llevar a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

Y, además, en el párrafo 2.º cumple el legislador la función de técnica legislativa de concretar lo que se entiende por actos de colaboración. Y para ello los relaciona de la siguiente manera: «Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.

Así, señala el Tribunal que «Con ello, se viene a sancionar cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social. Y en esta línea, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita».

Pues bien, en concreto en los hechos probados se describe que el recurrente realizó auténticas actuaciones tenidas en cuenta como de actos de colaboración (...).

(...) No se trataba, pues, de meros actos de consulta, sino que su conducta se enmarcaba en una clara actividad de colaboración informática hacia el objetivo de captar adeptos a la causa terrorista de la Yihad con pretensión de captación y adoctrinamiento. De suyo, el Tribunal aprecia que cuando el recurrente lo ve factible es él quien entra en contacto con el agente encubierto al detectar un posible objetivo en su labor de «captar y adoctrinar» mediante información audiovisual previamente obtenida y con las finalidades antes citadas de, mediante la prestación de servicios tecnológicos, incrementar las cifras de adeptos a la causa terrorista.

De esta manera, mientras unos se dedican al terrorismo físico activista nos encontramos con otra rama del terrorismo con una metodología clara de actos colaborativos destinados a aumentar el número de terroristas de ejecución que son captados por el terrorista urbano, o al que también podríamos llamar terrorista individual informático o tecnológico, el cual lleva a cabo una actividad no menos importante y ejecutiva que el terrorista de campo combatiente directo.

De esta manera, el objetivo de la organización terrorista es contar con estos terroristas individuales que actúan desde distintos países para ir captando personas afines a la causa terrorista y captarles para la ejecución final del acto terrorista, de lo que ha surgido la expresión del lobo solitario terrorista, el cual debe enmarcarse en el grupo de personas que acceden a estos contenidos que recogen y facilitan los terroristas de internet, para captarlos y quedar debidamente adoctrinados en su odio a los que no participan del ideario terrorista. Todo ello queda lejos de una mera disposición de libertad religiosa que se ha alegado como motivo del recurso.

Sin embargo, no se trata de acreditar que con los actos de colaboración del art. 577 CP se consiga pasar de «la línea de pensamiento a la acción», sino que se trata del despliegue de actos que permitan deducir que existe esa «vis atractiva» a la causa terrorista; es decir, con entidad suficiente como para cumplir ese fin previsto de actos suficientes de convencimiento para la causa terrorista, y con entidad, también, de «idoneidad bastante» con la que los adeptos puedan llegar a participar, ya ahora desde la acción, para los fines de la causa terrorista. Nos encontramos, pues, con una relación de medio –en cuanto a los actos de colaboración– a fin –en cuanto a la ejecución física de actos terroristas–, que viene a significar y darle contenido al tipo penal que es ahora objeto de condena.

Por otro lado, no es preciso que estos actos de colaboración por los que es condenado el recurrente sean llevados a cabo por miembros del entramado organizativo terrorista, sino que estos se ejercen por quien quiera colaborar ad extra de la organización, aunque, en esencia, y desde el punto de vista teleológico plantean los propósitos dirigidos a la obtención del fin que persigue la propia organización terrorista.

El autor de los actos de colaboración descritos en el art. 577 CP, y que el Tribunal describe en los hechos probados, se nos manifiesta en el fenómeno del terrorismo como una especie de *outsourcing* externo terrorista, al modo de subcontratación al margen de la organización para la llevanza de actividades de colaboración externa con la misma.

Pues bien, fijadas estas líneas básicas distintivas entre la mera adhesión ideológica y los puros actos de colaboración hay que señalar que sobre la subsunción del hecho en el tipo penal que es objeto de condena, el art. 577 CP señala el Tribunal que:

«El precepto trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. No se exige, por ello, una adhesión ideológica del colaborante con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el sólo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo –como se ha dicho– no pertenezca a la banda armada, a la organización, o al grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo.

Y aunque la protección penal que brinda el precepto se materializa sancionando cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita».

(...) Sobre la aplicación del art. 577 CP se pronuncia la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 13/2018 de 16 Ene. 2018, Rec. 10286/2017 que señala que: «Aunque la protección penal que brinda el precepto se materializa sancionando cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan

extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita.... 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».

Hay que destacar que, como apunta la mayoría de la doctrina, en el tratamiento del denominado «terrorismo individual» en el que está inmerso el art. 577 CP en sus actividades de «recabar o facilitar cualquier acto de colaboración con actividades de una organización terrorista», hay que subrayar que en la concepción del terrorismo se margina el elemento estructural u organizativo para configurar los delitos terroristas como aquellos que con una determinada finalidad –elemento teleológico– se cometen por cualquier persona de manera individual o mediante coautoría, es decir, al margen de una organización o grupo terrorista. Ello evidencia la persecución y castigo del terrorismo individual de internet, como podríamos denominar a esta forma de actuación del recurrente que por medio de la informática perpetra actos que están inmersos en la subsunción en el tipo penal del art. 577 CP.

Este terrorismo de internet hace y permite que la «eficacia expansiva» del mensaje propagandístico terrorista tenga un resultado multiplicador y permita alcanzar nuevos adeptos de una forma eficaz y con el poco esfuerzo que supone que una vez haya conseguido el autor los videos y la propaganda elaborada para tal fin pueda subirlo a sus redes sociales de una forma encubierta, pero sí en un circuito cerrado, aunque proclive a su difusión rápida entre quienes saben que pueden seguir la doctrina marcada como pauta, y que provoca un efecto positivo en los fines de la propia organización que elabora ese material para que sea distribuido por «el terrorismo individual del art. 577 CP», u otras modalidades delictivas que se caracterizan por la no necesidad de estar integrados sus autores en una propia organización, –lo que podría dar lugar a la aplicación del art. 572 CP–, sino que se ejerce su ilícito penal de forma individual, pero con el firme propósito de conseguir el fin divulgativo.

Se puede denominar, también, como hemos expuesto anteriormente, a este tipo de terrorismo como «urbano» por pertenecer a una modalidad delictiva que no se ejerce en terreno bélico, sino mediante instrumentos tecnológicos, de ahí que tenga particularidades propias que deban ser tenidas en cuenta a la hora de caracterizar a estos delitos.

Hay que recordar que apunta también la doctrina que el art. 577 CP representa una excepción a la regla en virtud de la cual todos los delitos de terrorismo son delitos de organización. Con ello, el elemento estructural-organizativo habría dejado de ser común denominador de todos los delitos de terrorismo. Por ello, este tipo penal donde el Tribunal subsume los hechos probados exige la concurrencia en los supuestos de hecho a los que el precepto resulta aplicable del elemento teleológico, pero no, en cambio, la del elemento estructural u organizativo. Así, este art. 577 CP tipifica como delito de terrorismo, por tanto, conductas consistentes en el ejercicio de violencia política no organizada, y, sobre todo, mediante el uso de elementos tecnológicos para potenciar su efecto difusor.

Ya se expuso, también, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 789/2014 de 2 Dic. 2014, Rec. 10575/2014 que «Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto».

(STS 65/2019, de 7 febrero)

ARTÍCULO 578 CP

Enaltecimiento al terrorismo. Discurso de odio: expresiones en redes sociales y límites al derecho a la libertad de expresión cuando se genera un peligro para la convivencia.

Nuestra reciente STS 646/2018, de 14 de diciembre, nos dice al efecto que con respecto a la colisión con tal derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre su contenido esencial y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que «el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal» (STS 259/2011, de 12 de abril). Continúa la Sentencia acotada afirmando que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los extremos del espectro político. Incluso aún podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Lo que ocurre es que cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos.

En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, STC 235/2007, que señala que «el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos,». O la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre, «la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», en referencia a la STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997. También la Sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 enero, en la que afirmábamos que la interpretación del artículo 578 CP no está exenta de dificultades. De una parte, por la proliferación de tipos penales que convergen en la protección del denominado discurso de odio, enaltecimiento del terrorismo, vilipendio de las víctimas, provocación al genocidio, negación del holocausto (anterior a la reforma que lo suprimió), de los arts. 510, 578, 607 CP. De otra, por la necesidad ínsita de este tipo penal de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión, en ocasiones debiendo atender a una excesiva circunstancialidad, lo que dificulta determinar el alcance de lo intolerable. Es por eso que en esta Sentencia se aludía a la necesidad «de no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...».

Los límites de la punición respecto a la libertad de expresión parten de esa consideración del derecho fundamental como limitable y la necesidad de reservar lo punible no solo a la trasgresión del derecho fundamental requiriendo además aditamentos referidos a la generación de un peligro a la convivencia.

(...) Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (la mayoría de los tuits son anteriores a la reforma de 2015): «El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».

El precepto sanciona dos conductas diferenciables, aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o de sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios.

El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que «insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante». Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya esta expresión en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Okçuoglu* contra Turquía, donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones.

El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo. Cuando el discurso de odio se concreta en el terrorismo a la dignidad de la víctima, y de la sociedad en general, se une la finalidad terrorista cuyo contenido resulta de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, esto es, actividad delictiva realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror.

El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre

una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa. Cuando la variedad del discurso del odio se concreta en el terrorismo, a ese ánimo subjetivo, agresivo, se suma la finalidad terrorista exigiendo la generación de un peligro que será concreto (art. 579 CP) o de aptitud de riesgo y peligro (art. 578 CP).

Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución. El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto.

El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad.

El ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que proclama el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto; el artículo 20 que consagra la libertad de expresión; el artículo 10.1 de la Constitución que enuncia la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos que son el fundamento del orden político y la paz social.

El discurso generador del odio y la discriminación no tienen amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas.

(...) En nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los artículos 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Respecto al terrorismo, son dos las manifestaciones típicas del discurso de odio, el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP, y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP). Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados.

Expuesto lo anterior, analizaremos, someramente los pronunciamientos jurisprudenciales, siguiendo a la STS 646/2018, de 14 de diciembre.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una profusa jurisprudencia de la que destacamos los casos *Garaudy contra Francia*, de 24 julio 2003; *Wood contra el Reino Unido*, de 16 noviembre 2004; *Alinak contra Turquía*, de 29 marzo 2005; *Feret contra Bélgica*, de 16 julio 2009 y *Vejdeland y otros contra Suecia* del 9 febrero 2012. Esta jurisprudencia parte de la afirmación de que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre «toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia». Consecuentemente, proclama la potencial limitación del derecho fundamental a la liber-

tad de expresión y la libertad ideológica. En las dos últimas Sentencias el Tribunal Europeo señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia, basta que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación: «El tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas, como injurias, o a ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población, y sus grupos específicos, o a la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad de partes o núcleos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los estados democráticos».

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan, por su relevancia, tres Sentencias. La primera Sentencia la 285/2007, en la que el Tribunal Constitucional apartó del artículo 607 CP, la negación del holocausto. En esa Sentencia pondera esa tipicidad, la negación del holocausto, con el derecho fundamental a la libertad de expresión y señala la exigencia de que la descripción típica contenga conductas de suficiente gravedad al tiempo que exigió «la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos. Pero la expresión y difusión de ideas violentas no puede ser implicada con la violencia que permite su persecución». El Alto Tribunal consideró que la mera transmisión de ideas no era suficiente para su persecución penal, requiriendo que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Junto a esta Sentencia, otras sostienen una posición menos estricta del discurso del odio y ya no exigen, en los términos expuestos, esa creación de riesgo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, referida a los sucesos acaecidos por la visita del Rey a Gerona, con la quema de imágenes de su Persona.

Otra sentencia, la 112/2016, referida a un delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se realiza un homenaje a un terrorista y en la cual una persona que hace uso de la palabra que expuso diversas expresiones objeto de censura penal. El Tribunal Constitucional al denegar el amparo, destaca «si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, porque España es una democracia tolerante, no militante, es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales... sin embargo, el acusado al no hacer eso sino que, con ambigüedad calculada, emplea una expresión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca este pueblo a un nuevo escenario democrático».

La jurisprudencia de esta Sala –destaca la Sentencia 259/2011, de 12 abril –, que en el supuesto de un librero que albergaba y vendía libros de ideología nazi, y que aprovechaba los espacios de la librería para la difundir los elementos ideológicos propios de una ideología nazi, absolvió a los condenados en aplicación de la doctrina contenida Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, que antes se expresó. Se argumenta «que la tipicidad no resulta de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege».

Esta línea jurisprudencial viene exigiendo la concreción de riesgo como elemento necesario para punición de los delitos de odio más allá de la represión a la libertad de expresión, exigiendo que junto a esa transgresión, grave, un riesgo para el bien jurídico en el que se ubican los tipos penales.

Una segunda línea jurisprudencial destaca la diferencia entre los dos apartados del artículo 578. De una parte, el enaltecimiento del terrorismo y, de otra, el menosprecio a las víctimas. En la sentencia 527/2017, de 11 julio, se hace esta distinción señalando que la primera conducta requiere la creación de un riesgo, en tanto que la conducta referida al menosprecio a las víctimas, no lo exige. En la Sentencia 826/2015, del 22 diciembre, tras realizar un detallado estudio de la tipicidad, y con cita de la Sentencia 656/2007, incide en esta diferencia entre los dos apartados del artículo 578 y recuerda que el menosprecio a las víctimas no requiere la puesta en peligro «toda vez que el término descrédito, disminución o pérdida de la de la reputación de las personas, el menosprecio, equivalente a poco aprecio, o la humillación, la adhesión al amor propio o a la dignidad de alguien, hace referencia a las acciones realizadas contra las víctimas de acciones terroristas o sus familiares que son especialmente perversas como es la injuria o la humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas y sus familiares, y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista», añadiendo que la justificación de la tipicidad de la conducta radica en la perplejidad e indignación que provoca en la sociedad.

En el mismo sentido, la Sentencia 72/2018, de 9 febrero, en la que se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas.

La STS 52/2018, de 18 de enero, desarrolla esta exigencia con cita de la normativa europea, exigiendo la conexión del delito de odio con la delincuencia terrorista, en los términos de los arts. 578 y 579 del Código penal y con cita argumental de la STC 112/2016 a 20 de junio, anteriormente expuesta. Del conjunto normativo resulta que si bien los Estados miembros de la Unión Europea tienen un cierto margen de discrecionalidad en la definición de las infracciones, la ubicación en la tipología de los delitos de terrorismo requiere que la tipicidad describa conductas ilegales e intencionadas que generen un riesgo de comisión de una infracción terrorista, «riesgo que ha de ser entendido no concreto, sino de aptitud, de que puedan cometerse actos terroristas» y para ello deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje así como el contexto y la importancia y verosimilitud del riesgo (considerando lo de la Directiva (UE) 2017/541 (art. 578 Cp). En el art. 579 CP, la tipicidad exige mayor concreción, en términos de idoneidad para incitar a la comisión de hechos terroristas.

En la sentencia núm. 354/2017, de 17 de mayo, esta Sala enumeraba como elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, conforme pacífica jurisprudencia, los siguientes:

1.º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2.º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3.º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.

Pero a su vez, precisábamos: No obstante, el art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

De otra parte, la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, igualmente tipifica en su art. 5, la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo que conforme a su considerando 10, estos delitos «comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población».

Ciertamente también exige que la norma europea que conlleve el riesgo (que hemos de entender no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas.

Conclusión que derivaba del considerando 10 de la Directiva: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Ciertamente, como dijimos en STS 52/2018, de 31 de enero, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine).

A su vez las SSTS 378/2017, de 25 de mayo, 560/2017, de 13 de julio, y 600/2017, de 25 de julio, en la interpretación del citado penal, reclaman lo que denominan «elemento tendencial», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal, y advierte de que «la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión

de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.».

(STS 185/2019, de 2 abril)