

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología (Acred. Titular)  
UNED

## ARTÍCULO 2.2 CP

***Retroactividad de la ley penal más favorable:*** no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta LO 10/1995, CP/1995, trascienda a la LO 10/2022, por lo que no existe limitación en la aplicación de esta Ley como norma más favorable en los términos que se establecen en los artículos 9.3 CE y 2.2 CP; al eliminarse en la LO 10/2022 la distinción entre agresión y abuso sexual ampliándose los límites mínimos de la agresión sexual, conlleva a valorar en la revisión las circunstancias como la violencia y la intimidación que en su momento no operaban en materia de individualización, por formar parte del tipo, pero que ahora sí podrían ser ponderadas al no constituir la violencia elemento integrante del tipo básico de agresión sexual.

La disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es una norma de derecho transitorio y, por tanto, de carácter temporal, destinada a ser aplicada dentro del ámbito temporal previsto en la misma, esto es, a las revisiones de condena que se podían producir a raíz de la entrada en vigor del Código Penal aprobado mediante la citada ley orgánica. Regula una situación concreta de tránsito de un escenario jurídico a otro. Lo mismo sucede con las disposiciones transitorias contenidas en las LO 15/2003, 5/2010 y 1/2015, redactadas en los mismos términos que aquella y cuya aplicación quedó concretada a las situaciones que pudieran plantarse tras su entrada en vigor. Además, las normas contenidas en las citadas disposiciones transitorias suponen un límite al principio de retroactividad de la ley penal favorable, restringiendo la posibilidad de reducir la pena por el cambio de valoración en la nueva ley, motivo también por el cual no pueden ser aplicadas a situaciones distintas de aquellas a las que la norma se refiere.

A diferencia de aquellas, la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene esa disposición transitoria que limita o modula los casos de posible revisión de condenas. Ello desde luego no puede ser subsanado a través de la exposición de

motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, la que no obstante contiene una disposición transitoria, la segunda, redactada en análogos términos a las de reformas anteriores. Tal posibilidad no solo resulta ajena a nuestra tradición legislativa, sino que tal exposición de motivos carece de fuerza normativa. Supone exclusivamente una exposición del contenido de la Ley que carece de contenido normativo alguno, pudiendo servir únicamente para ilustrar sobre cuál ha sido la intención del legislador. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 170/2016, de 6 de octubre, señalando que «aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo (SS 36/1981, de 12 de noviembre; 150/1990, el 4 de octubre; 173/1998, de 23 de julio; 116/1999, de 17 de junio; y 222/2006, de 6 de julio), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre; y 222/2006, de 6 de julio); esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista (STC 83/2005, el 7 de abril; y 90/2009 de 20 de abril)».

Conforme a lo expuesto, podemos concluir estimando no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, cuya aplicación es invocada por el Ministerio Fiscal, trascienda a la LO 10/2022. Por ello, no existe limitación a la aplicación de la norma más favorable que establecen los arts. 9.3 CE y 2.2 CP.

[...] la pena imponible resultante de la operación de revisión no puede determinarse atendiendo a criterios de proporcionalidad aritmética. Tampoco puede ser valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir, pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, bajo un criterio de consideración de todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente.

En todo caso, no puede olvidarse que, como se expresa en el Preámbulo de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, como medida más relevante en la modificación que se opera del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se «elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul».

Consecuencia de ello ha sido una ampliación de los límites, sobre todo mínimos, de las penas contempladas en los arts. 178 a 180 CP, en los que se engloban ahora las agresiones y los abusos sexuales que se diferenciaban en la anterior legislación.

Ello debe llevar ahora a valorar circunstancias (como la violencia y la intimidación) que en su momento no operaban en materia de individualización, por formar parte del tipo, pero que ahora sí podrían ser ponderadas al no constituir la violencia elemento integrante del tipo básico de agresión sexual en la LO 10/2022.

De esta forma, el nuevo tipo penal rebaja las penas, pero amplía las conductas castigadas introduciendo otras menos graves de forma que elementos que denotan mayor gravedad, dejan de ser inherentes al tipo (violencia o intimidación). En esos casos, la individualización con arreglo a la ley posterior no solo permite, sino que obliga pro racionalidad y por aplicación del artículo 66 CP a ponderar esos factores (violencia o intimidación) que determinan mayor gravedad para efectuar la individualización. Se trata de circunstancias que en la sentencia inicial no se podían tener en cuenta por contrariar el principio *ne bis in idem*. Pero en la revisión, al aplicar la ley posterior, deben ser ponderadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 CP, por implicar que el hecho es más grave.

(STS 438/2023, de 8 junio).

***Retroactividad de la ley penal más favorable: el artículo 2.2 CP no necesita complemento alguno, contiene una regulación bien explícita sin que advierta ninguna clase de laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación pretendidamente analógica, menos todavía, cuando ésta pudiera resultar perjudicial para el reo.***

A nuestro juicio, las disposiciones que condujeron el tránsito de la normativa previgente al Código Penal aprobado en el año 1995, disciplinando los casos, modos y formas en que la regulación de este último podría considerarse o no favorable con relación a los sucesos acaecidos con anterioridad, hubieran sido éstos enjuiciados o no, no resultan aplicables aquí.

3. Resultan prescindibles ahora, a nuestro parecer, consideraciones vinculadas a la raíz constitucional del principio determinante del efecto retroactivo de las leyes penales que favorezcan al reo, expresamente proclamado, no siempre con idéntico anclaje normativo, por el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales.

Como lo es también invocar la referencia que a dicho principio se realiza en diversos textos internacionales que vinculan a España (art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). No será preciso aquí profundizar en estas referencias normativas, ni en la concreta valoración de las mismas que han venido realizando tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque, naturalmente, se trata de consideraciones, bien conocidas, y plenamente asumidas, por el Ministerio Público, único recurrente aquí.

4. Sí importa considerar que los particulares efectos de dicho principio otorgan al legislador un cierto, aunque no ilimitado, margen de regulación. El eventual alcance de ese principio general y compartido de retroactividad de las normas sancionadoras favorables es hasta un cierto punto graduable. El legislador puede conferirle una extensión absoluta, sin matización alguna; o limitarlo con técnicas diversas. Así, por ejemplo, quedan fuera de su perímetro, en principio y como regla general, las denominadas «leyes temporales». Lo deja expresado de este modo y de manera inequívoca el último inciso del artículo 2.2 del Código Penal cuando señala: «los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Esta peculiaridad normativa se entiende con facilidad si se repara en que, en tales casos, —leyes temporales—, el legislador no materializa un cambio de valoración en el reproche de determinadas conductas con vocación de permanencia, sino que, en atención a particulares circunstancias fácticas suficientemente justificadas y durante un período concreto, juzga preciso atemperar o agravar (incluso suprimir) la penalidad de determinados comportamientos durante el paréntesis temporal de su vigencia. No es el caso, por descontado, de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Retomando el discurso, el legislador goza de cierta libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable. Así lo ha hecho nuestro legislador con ocasión de varias reformas penales, estableciendo disposiciones transitorias que prevalecían, por su carácter especial, frente a la dicción del artículo 2.2 del Código Penal. La legitimidad convencional de ese tipo de limitaciones está reconocida por la jurisprudencia supranacional (significadamente por el TEDH), naturalmente para aquellos supuestos en que las mismas aparecen contempladas en la ley nacional.

Corresponde ahora reparar en la nuestra. El artículo 2.2 del Código Penal resulta articularmente respetuoso con el principio de retroactividad de las disposiciones

penales favorables. De forma indisimulada late en su decisión la idea de que, considerada la procedencia de reducir (por supuesto, también de suprimir) el reproche penal que merecen determinadas conductas, mantener el anterior respecto de supuestos cometidos al amparo de la vigencia de la norma previa (con imposición de sanciones o de sanciones más graves), incluso aun cuando estuvieran ya juzgados y se hallara el condenado cumpliendo condena, no resultaría compatible con el principio de necesidad de las penas ni con la exigencia de proporcionalidad de éstas, y vendría a constituir, en definitiva, una suerte de instrumentalización del ya condenado, sobre la base de valoraciones abandonadas por la comunidad (expresadas en la nueva ley), exigiendo, tercamente y con desconocida finalidad, con relación a dichos condenados el cumplimiento de una pena, –o de una magnitud de pena–, que ya se considera innecesaria; instrumentalización incompatible con la dignidad de la persona que constituye el fundamento de nuestro orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución española). La nueva ley proclama que el anterior castigo no se considera ya necesario, o que lo es en menor medida, mas se mantiene el cumplimiento de la sanción firmemente impuesta sin beneficio alguno para la comunidad y con un propósito que, en esas circunstancias, resulta difícil identificar.

En efecto, el artículo 2 del Código Penal, después de dejar sentado que no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (principio de legalidad, que conlleva la radical prohibición de la aplicación retroactiva de normas desfavorables), establece también, en su número 2, que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena». No es el máximo grado de retroactividad posible, –hipotéticamente ésta podría extenderse también a la existencia de penas ya cumplidas, lo que no siempre sería una cuestión meramente simbólica, o a penados que no estuvieren, por cualquier razón, cumpliendo condena–, pero sí es alto.

5. Queda en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, «por defecto», en el artículo 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del artículo 2.2 CP; bien restringirla. Nunca podrá llegar, eso sí, al punto de impedir que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa (a salvo el caso de las leyes temporales).

6. A nuestro parecer, eso hizo el legislador mediante las disposiciones transitorias que acompañaban al Código Penal de 1995 y que disciplinaban el tránsito de uno a otro ordenamiento punitivo. Se sustituía un texto legal por otro de nueva planta, edificado muchas veces sobre instituciones diferentes y manejando piezas muy distintas (la más llamativa, aunque no la única, la supresión de la redención de penas por el trabajo con el consiguiente ajuste entre el valor «nominal» y el efectivo de la pena de prisión). Eso explica, en buena medida, la introducción de las disposiciones transitorias 2.ª y 5.ª del Código Penal de 1995. Se trata de leyes temporales en su sentido más estricto: venían a regular el tránsito de uno a otro Código y, por tanto, estaban llamadas a decaer, a quedar privadas de eficacia, en cuanto se culminase esa labor de revisión. Su ámbito de aplicación se ciñe, en consecuencia, a la adaptación de condenas dictadas conforme al Código TR de 1973 al Código de 1995. Incluso de su dicción literal se deriva esa característica. Reza la Disposición Transitoria Primera: «Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas».

No están, desde luego, formalmente derogadas esas disposiciones. No era preciso como resulta de su naturaleza de normas temporales: la situación que disciplinaban ya es pasado y su eficacia normativa quedó agotada. No existía, además, en ellas una cláusula como la que acompañaba a las disposiciones transitorias del Código Civil, permitiendo su uso como reglas orientativas e inspiradoras.

Lo anterior no impide, sin embargo, que puedan ser aplicadas algunas de aquellas, no ya, en un sentido técnico, con carácter supletorio, sino integrador, –análogo, si así prefiere decirse–, en extremos, necesitados de regulación, pero huérfanos de previsiones específicas. Un ejemplo claro de ello resultaría lo relativo a cuestiones propiamente procesales: si una reforma penal carece de normas transitorias, como la producida por la LO 10/2022, podemos tomar como referencia la disposición transitoria de 1995 referente a los asuntos que en el momento de entrada en vigor de la nueva ley están pendientes de recurso, para establecer un modo de actuación y atenerse a lo que prevé (nuevo traslado a recurrente y recurridos para adaptación del recurso) en lugar de diferir la cuestión al órgano de instancia para que revise la pena, una vez resuelto el recurso limitándose el órgano *ad quem* a revisar la corrección de la condena conforme a la legislación anterior. Es lo que ha hecho esta Sala de casación con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, acudiendo a los criterios contenidos en aquella disposición transitoria, que rebosa razonabilidad, criterios que sirven para colmar la laguna advertida.

7. Ahora bien, en materia penal, sustantiva, esa aplicación mediante la herramienta exegética de la analogía (no es propiamente supletoriedad: contamos con una regulación expresa –artículo 2.2– que regula taxativamente la mayoría de las cuestiones sustantivas: en lo regulado ha de estarse a ella), solo está consentida (art. 4.1 CP) cuando se realizara *in bonam partem*, además de en lo puramente procesal. No cabe la analogía *in malam partem*. No es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla, y aplicarla a supuestos diversos.

Seguramente por ser muy consciente de ello, la documentada Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado, que hemos examinado y analizado detenidamente y que constituye un valioso elemento para el estudio de esta temática, renuncia a ese tipo de argumentación.

Construye esa Circular su razonamiento desde otra palanca teórica: las disposiciones transitorias reflejarían lo que debe entenderse como interpretación auténtica del artículo 2.2 CP. Por tanto, no es que sean aplicables por analogía. Es que el artículo 2.2 CP, rectamente entendido, habría de llevar a las reglas que se extraen de ese coyuntural derecho transitorio. Después volveremos sobre ello. Ahora cumple abrir otro paréntesis para examinar el régimen transitorio de otras reformas del Código Penal.

8. El Código Penal de 1995 ha experimentado numerosas reformas. Demasiadas seguramente para lo que, según su exposición de motivos, ha de considerarse como una Constitución en negativo. La mayoría de esas reformas ha prescindido de consignar disposiciones transitorias específicas: había de estarse, sin más, a lo previsto en el artículo 2.2 CP. Otras –en general aquellas que representaban una modificación de numerosos preceptos sin limitarse a aspectos específicos y concretos– han incluido un régimen transitorio que, en lo sustancial, venía a reproducir el del originario Código Penal. Las reformas de 2003, 2010 y 2015 son las más significativas. Pero no todas las reformas penales han previsto un régimen transitorio similar. La mayoría no lo ha hecho. Basta citar, por referirnos a algunas que no son estrictamente puntuales, las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril y 7/2012, de 27 de diciembre. En cualquier caso, la reiteración de una norma temporal en sucesivas reformas no acaba por otorgarle vigencia indefinida. Esto parece obvio. No podemos hablar de una ultraactividad

normativa, alcanzada a través de la mera repetición legislativa. Por otro lado, si dichas reformas legales, cuando lo consideraron preciso, reprodujeron el contenido de las transitorias incluidas en la ley que promulgaba el Código Penal de 1995, forzosamente ha de ser porque, en caso contrario, se comprendía que no serían aplicables.

Es verdad que algunas aisladas sentencias de esta Sala, que el Fiscal se ha preocupado diligentemente de identificar, parecen dar por aplicables esas normas transitorias a modificaciones que no las incorporaban. Pero al analizarlas se descubre enseguida que no era el argumento determinante de la solución. Era tan solo una razón colateral, a mayor abundamiento y en algún caso un *obiter dicta*, no acompañado de una reflexión detenida que se revelaba como innecesaria.

9. Recapitulando: la limitación razonable de los efectos derivados del artículo 2.2 del Código Penal en materia de retroactividad de disposiciones penales favorables es posible. Pero que sea una opción viable para el legislador no significa, naturalmente, que haya de sobrentenderse como adoptada por todos los legisladores penales pasados y futuros, que solo podrían apartarse de ella mediante una disposición expresa que dijese lo contrario o mediante la modificación del artículo 2.2 CP, proclamando que las sentencias firmes solo quedan afectadas cuando con arreglo a la nueva ley la pena sea imponible (aunque la pena impuesta fuese el mínimo de la anterior horquilla y ahora suponga el máximo del nuevo marco penal).

De hecho, en algunas de esas reformas sin disposiciones transitorias se ha procedido a algunas revisiones (aunque la tendencia más bien punitivista instalada en nuestros días provoca que haya muchas más reformas desfavorables que beneficiosas, no faltan algunas que han comportado ciertas reducciones penológicas: v.gr. reforma en 2012 de delitos tributarios) ignorando, en coherencia con lo hasta aquí dicho, el criterio de la disposición transitoria ahora invocada por el Fiscal.

Así, a nuestro parecer, el artículo 2.2 del Código Penal no necesita complemento alguno. Contiene una regulación bien explícita. No se advierte ninguna clase de laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación pretendidamente analógica, menos todavía, cuando ésta pudiera resultar perjudicial para el reo.

[...] La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre no comporta una pura y simple modificación de la nomenclatura empleada en los delitos contra la libertad sexual, pasando a denominar agresión sexual a cuantas conductas eran incluidas hasta entonces en la agresión y en el abuso. No se trata de una, insustancial, meramente simbólica, alteración nominal. Constituye, al contrario, un cambio de paradigma, una ruptura, –no hace falta añadirlo: legítima–, de nuestro sistema tradicional. Decidió el legislador, con carácter general, prescindir de los métodos empleados para el abordaje sexual inconsciente (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusara o cuando, por cualquier causa, tuviera anulada su voluntad) como elemento discriminador de la gravedad de las conductas, pasando a considerar que, en todos los casos y cuando el consentimiento falta o ha sido obtenido de forma ilegítima, la pena abstracta asociada a dichas conductas, debía resultar idéntica: sancionada con una misma pena (abstracta).

No es solo, ni es tampoco lo principal, que todos estos comportamientos pasaran a denominarse ahora como agresión sexual, sino que, también cuando la misma comportara acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos en la forma descrita en el artículo 179 del Código Penal, todos ellos deberían ser castigados, como violación, con la pena de prisión de cuatro a doce años. Pena que, nuevamente con independencia de los medios empleados para cometer la agresión, se elevaría desde los siete a los quince años cuando, entre otras circunstancias, los hechos hubieran sido cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas (art. 180.1).

Se establecía, como decimos, un cambio radical de modelo, que desplaza el núcleo de la antijuridicidad de la conducta a la ausencia de consentimiento válido, sean cualesquiera los métodos empleados en la agresión. No se trata, evidentemente, de que la ausencia de consentimiento no fuera, ya en el siglo pasado para no remontarnos más en el tiempo, el elemento definidor de los delitos contra la libertad sexual (es obvio, se comprende fácilmente, que las relaciones sexuales válidamente consentidas no resultaban típicas tampoco en la legislación derogada). Sin embargo, nuestro modelo tradicional, partiendo de que cualquier conducta que comportara la realización de actos sexuales no consentidos válidamente resultaba delictiva, imponía la necesidad de elevar la sanción (consideraba necesariamente más grave el delito) cuando dicha ausencia de consentimiento válido había sido producida como consecuencia de actos violentos o intimidatorios. Así, el artículo 178 del Código Penal, aplicado en la sentencia firme que aquí se revisó, sancionaba la conducta de quienes atentarán contra la libertad sexual de otra persona «utilizando violencia o intimidación» con una pena necesariamente más grave que la que resultaba impuesta a quienes, «sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento», realizaran actos que atenten contra la libertad o intimidad sexual de otra persona (art. 181.1, del texto penal entonces vigente); mayor penalidad que, en atención al método empleado (violencia o intimidación), se proyectaba también a los supuestos en los que hubiera existido penetración (arts. 179 y 181.4).

En tal sentido, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no solamente supuso un cambio de paradigma punitivo con respecto a la regulación hasta ese momento vigente entre nosotros, sino que, puede decirse ahora, constituye un paréntesis, abierto y cerrado, en nuestros sucesivos textos penales. En efecto, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, rectifica nuevamente el modelo para volver a diferenciar ahora, –siempre, naturalmente, manteniendo como elemento axial la ausencia de consentimiento válido–, la respuesta punitiva en consideración al empleo de violencia o intimidación (actual redacción del artículo 178.3: «si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad», se impondrá una pena superior a la correspondiente para los demás tipos de agresiones sexuales. Esta nueva ley, hoy vigente, aun manteniendo la unificación en la nomenclatura (agresiones sexuales) y, por descontado, partiendo de la inexistencia de consentimiento válido, considera preciso, por lo que ahora importa, atender a los medios empleados para protagonizar la agresión, (a la violencia o intimidación por lo que ahora importa) para calibrar la magnitud de la pena correspondiente.

No es preciso observar, por su evidencia, que no compete a los Tribunales, y en consecuencia tampoco a este Tribunal Supremo, ponderar la bondad, la conveniencia, las virtudes o defectos de uno u otro sistema. Se trata de una decisión que en cualquier Estado de Derecho que pueda decirse tal corresponde adoptar al poder legislativo. Son las Cortes Generales, –a quienes en su condición de legislador se dirige, primera y principalmente, la exigencia de proporcionalidad–, las que deben valorar, en cada momento, la gravedad relativa de las distintas conductas que la ley incrimina y asociar a estas las penas abstractas (conformadas entre un mínimo y un máximo) que juzgue proporcionadas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es a partir de dicha decisión, y no cuestionándola o prescindiendo de ella, que los órganos jurisdiccionales deberán proceder, también desde luego atendiendo en la interpretación y aplicación de la norma a criterios de proporcionalidad, a individualizar, dentro del segmento punitivo que el legislador determinó, la pena concreta que corresponda al caso.

3. Aun cuando en el marco de la Academia se hayan escuchado algunas voces, ampliamente minoritarias, que pretenden ignorar la decisión del poder legislativo,

expresada en la Ley Orgánica 10/2022, sosteniendo, frente a toda evidencia, que cuando las conductas descritas en el artículo 178 y 179 del Código Penal, se hubieran cometido mediando violencia o intimidación, necesariamente habría de ser impuesta una pena superior a la mínima legalmente establecida (siete años, en el caso que ahora nos concierne, en aplicación del artículo 180.1.1.<sup>a</sup>), al entender que el empleo de dichos medios convierte, necesariamente, en más grave el ataque contra la libertad sexual, lo cierto es que semejante tesis resulta por completo incompatible con la sosegada lectura del texto legal. Por otro lado, faltaría por esclarecer cuál resultaría entonces el (imaginativo) límite mínimo de la pena impuesta al delito de agresión sexual cuando hubiese mediado violencia o intimidación. En nuestro caso, más de siete años y menos de quince (¿ocho?, ¿diez?, ¿catorce?). Y falta también por determinar cuál sería el modo de establecer, en esa hipótesis, la pena correspondiente al delito continuado (cometido con violencia o intimidación), que debe determinarse en la mitad superior de la pena abstracta, o la que pudiera imponerse al cómplice o en los grados imperfectos de ejecución, que ha de partir de una reducción preceptiva desde la pena mínima. De algún modo, este tipo de razonamientos, que se realizan en la mayor parte de los casos desde la aparente defensa teórica del nuevo modelo, vienen, de manera incongruente, a negar sus consecuencias. El modelo nos dice: el empleo de violencia o intimidación no es necesariamente una conducta más grave en el marco de los delitos contra la libertad sexual. Lo estructuralmente relevante, también desde el punto de vista del injusto, es la imposición de conductas sexuales sin consentimiento o con un consentimiento viciado, cualquiera que sea el medio por el que el mismo se logre o concrete. Pero estas tesis replican, desde la aparente defensa del nuevo paradigma, cuando existe violencia o intimidación el ataque es siempre más grave (y necesariamente ha de asociársele una pena mayor) que es, precisamente, lo que el modelo niega.

Por descontado, no llega tan lejos el Ministerio Fiscal en su recurso, ni tampoco tenemos constancia de que lo haya hecho ningún órgano jurisdiccional de España, ni se adscriben a esta línea de razonamiento los magistrados/as discrepantes de esta decisión mayoritaria. Todos ellos aceptan que, —es imposible negarlo—, la pena mínima prevista para el delito que contemplan los arts. 178, 179 y 180.1.1.<sup>a</sup> del Código Penal, en su redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, es la de siete años de prisión (cinco años menor que la establecida en los preceptos que aplicó la sentencia firme que aquí ha sido revisada). Desde ese límite mínimo deberá ser construida la pena asociada al delito continuado; así como desde allí se obtendrá la pena imponible al delito cometido en grado de tentativa o a título de cómplice. La totalidad de los operadores jurídicos citados, también el ahora recurrente, aceptan, en consecuencia, que resulta posible imponer la pena de siete años de prisión a quien, habiendo cometido los hechos por la actuación conjunta de dos o más personas, y mediando penetración, protagonizara un delito de agresión sexual, empleando violencia o intimidación. Esa es, no otra ninguna, la pena mínima prevista para dichos casos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

[...] 7. El Tribunal provincial operó, sin embargo, con el siguiente silogismo, también expuesto de forma simple: si aquellas razones vinculadas a la intensidad de la violencia desplegada por el autor no sirvieron, debidamente valoradas en su momento, para determinar una pena superior a la mínima legalmente establecida; y si dicha pena mínima ha sido sensiblemente reducida por quien ostenta para ello las competencias constitucionales, valorando que no resultaba necesario mantener, en este concreto caso, los muy superiores umbrales de la pena establecidos hasta entonces; con carácter general, el único modo de respetar (de no invadir) las competencias de las Cortes Generales para determinar la proporcionalidad de las penas asociadas a determinadas conductas lesivas, conduce a, partiendo de la individualización ya efec-

tuada en su día, reducir las penas impuestas hasta el nuevo límite fijado por la Ley Orgánica 10/2022.

Dicho de otra manera: si la mera existencia de un medio comisivo violento condujera a incrementar ese límite mínimo, estaríamos los Tribunales introduciendo por la ventana lo que el legislador había despedido por la puerta. Para este no resultaba necesario imponer, aunque la conducta fuera violenta, una pena superior a los siete años de prisión. Dicha pena resultaba proporcional, aunque hubiera habido violencia. Sin embargo, dicha decisión quedaría, evidentemente, desactivada, si en la aplicación, a nuestro parecer incorrecta, de dicha norma viniera a concluirse que la conducta violenta, a través de las normas de individualización de la pena, imponía invariablemente el establecimiento de una sanción superior. El nuevo modelo que la Ley Orgánica 10/2022 vino a establecer, quedaría, radical e indebidamente, frustrado. Pocos mantienen tal cosa, ya se ha dicho, y desde luego tampoco el Ministerio Público, aquí recurrente, ni los miembros del Tribunal que discrepan del parecer mayoritario. Pero sí entienden que la decisión del legislador, reduciendo sensiblemente el umbral mínimo de las penas imponibles para esta clase de conductas, permite reabrir un debate, ya cerrado en firme, para otorgar ahora a ciertos elementos o aspectos vinculados a la intensidad de la violencia, aptitud para justificar la elevación de dichos mínimos, aptitud que antes no tenía y ahora, por algún motivo recupera. Se trataría, se nos dice, de revisar no los hechos que se declararon probados, ni sus circunstancias, sino de valorar, revisar, enjuiciar nuevamente, algunas de las que ya entonces existían para otorgarles ahora una potencialidad que antes no tuvieron.

¿Por qué razón? ¿Porque existió violencia? Ya hemos dicho que no es esto. El recurrente admite que el tipo penal aplicado ya contempla el posible empleo de la violencia como método para perpetrar la agresión sexual. Lo mismo que contempla también otros (por ejemplo, el abuso de superioridad). En uno y otro caso la pena abstracta establecida es la misma. Tan incompatible resultaría con el modelo propuesto por la ley orgánica 10/2022, incrementar las penas mínimas solo por el concurso de una conducta violenta que considerar inaplicable la pena máxima solo porque no hubiera existido. Esto impugnaría el modelo legal.

Se acepta entonces que, aunque, en ciertos casos (muchos o pocos), el concurso de una conducta violenta no impediría la imposición de la pena en su mínima extensión legalmente prevista, en este caso en concreto, la magnitud, intensidad o características de la violencia empleada, sobre la base de elementos ya tomados en cuenta en la sentencia firme, debe servir ahora, —¿por qué no entonces?—, para incrementar la pena. Y solo acertamos a identificar una respuesta: antes no porque la pena mínima legalmente prevista era más alta (doce años) y el recurrente considera que eso colmaba las exigencias de proporcionalidad. Pero no ahora, cuando el legislador ha resuelto reducir ese límite penal mínimo —siete años—, y legítimamente habrá quien considere, parece ser el caso del recurrente y de los miembros de este Tribunal que disienten del parecer mayoritario, que dicha pena resulta insuficiente, desproporcionadamente baja.

Por descontado, el debate es sugerente. Y no solo para los operadores jurídicos. También la ciudadanía se ha implicado en el mismo desde posiciones no coincidentes, más o menos partidarias del incremento o disminución de las penas en el contexto de los delitos contra la libertad sexual. Pero es un debate en el que los Tribunales no debemos mediar. No somos competentes para ello. La determinación de las penas que se reputan proporcionadas a los diferentes ataques que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la convivencia y que el Derecho Penal trata de proteger, corresponde, no de forma ilimitada pero sí muy amplia, se ha dicho ya, a las Cortes Generales. Y les corresponde también definir las concretas caracterís-

ticas de estos ataques, qué elementos resultan esenciales y cuáles otros no determinan, por sí, un incremento o una disminución de las sanciones penales escogidas. Y los debates político criminales que a estas cuestiones conciernen tienen, en democracia, su espacio propio. No es el de los Tribunales de Justicia.

8. También hay razones de diferente naturaleza que abogan por la desestimación del presente recurso. Es obvio que la reevaluación de la pena que en el mismo se postula debería tener en cuenta no una sola de las circunstancias del hecho, sino todas las que pudieran aparecer como relevantes. Y también las circunstancias personales del autor (¿incluso aquellas de las que pudiera hacerse acopio con posterioridad a la sentencia firme?). Tanto significaría lo anterior como pretender que la modificación normativa que se contiene en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, o cualquiera otra que pudiera producirse en el futuro, comporta la necesidad de una reevaluación, un nuevo juicio acerca de elementos (como la intensidad de la violencia u otros semejantes) que ya pudieron ser valorados, y lo fueron, al tiempo de ser dictada la sentencia firme. Todo ello por el cauce, además, de un incidente de revisión de sentencia, con respecto al cual ni siquiera se cuenta con normas procesales precisas de desarrollo, sin necesidad de oír personalmente al condenado (el artículo 2.2 del Código Penal solo parece exigir su audiencia en el caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable) y, desde luego, sin posibilidad alguna de proponer y practicar medios de prueba complementarios.

[...] Como hemos señalado también, en innumerables oportunidades, el que no se hallaran razones (y en la sentencia firme cuya revisión se acuerda no fueron halladas) para imponer una pena por encima de su límite legal mínimo, es ya una buena razón para no sobrepassarlo.

10. Una reflexión final: sería preferible no frivolar con la pretendida lenidad del ordenamiento jurídico penal, con la también denostada insuficiencia de las reacciones punitivas o con la recurrente invocación a la necesidad de endurecer e incrementar la respuesta penal. Con independencia de que casos habrá en los que un incremento relativo de las penas asociadas a determinadas conductas pudiera ser conveniente, —como también sucederá seguramente lo contrario, tal vez en más oportunidades—, tras la revisión de la pena inicialmente establecida en este caso se imponen al condenado un total de quince años de prisión. Ciertamente la reducción es sustancial comparada con la establecida en la sentencia que se revisa (cinco años menos de prisión, por efecto de lo establecido en el artículo 76 del Código Penal).

Como se sabe, quince años de prisión es el límite máximo previsto por el legislador para el autor de un delito consumado de homicidio doloso y también son quince años el límite inferior de la pena prevista para el autor de un delito, consumado y doloso, de asesinato.

No advertimos así ni que la decisión de la Audiencia Provincial que aquí se recurre resulte arbitraria, carente de fundamento o contraria a precepto legal alguno.

Es mera y razonable consecuencia de la nueva desvalorización de las conductas realizada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y del nuevo modelo que la misma promovió para estructurar su punición. Tampoco se evidencia una ausencia de proporcionalidad censurable en términos constitucionalmente relevantes.

[...] La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre determina, en el nuevo artículo 192.3 que la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el Título VIII (delitos contra la libertad sexual), sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por

un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia, si el delito fuere grave, y entre dos y veinte años, si fuera menos grave.

Por esa razón, la Audiencia Provincial en el auto que acordó revisar la sentencia firme, auto recurrido aquí, además de rectificar la extensión de las penas privativas de libertad impuestas en aquélla, debió también imponer esta pena accesoria, habida cuenta del carácter preceptivo de la misma para supuestos como el presente («impondrá», establece taxativamente el precepto penal referido).

Naturalmente, nada hay en ello que pudiera vulnerar el principio acusatorio.

Desde luego, la acusación se formuló de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos (que no contemplaba dicha sanción accesoria). Sin embargo, promovida, –por definición en eventual beneficio del condenado–, la posible revisión de la condena como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo texto legal más favorable, dicha calificación solo podrá alcanzarse a partir de las consecuencias jurídicas que la nueva norma anuda a la conducta ya enjuiciada, tomando aquella en su totalidad. Cuando la naturaleza de las penas, como en este caso, no resultara, total o parcialmente, idéntica (añadiéndose, como aquí, una pena privativa de derechos a la privativa de libertad), es el conjunto de dicha sanción el que deberá ser ponderado, la norma completa, para determinar cuál dentro de las concurrentes merece calificarse como más favorable, siempre naturalmente con audiencia del reo, en particular cuando pudieran existir dudas a ese respecto. La norma más favorable ha de resultar de la comparación completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada con la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra.

Del mismo modo, es claro que no se vulnerarían las exigencias derivadas del principio acusatorio cuando, por hipótesis, la nueva ley sustituyese una pena privativa de libertad por otra de diferente naturaleza (por hipótesis, privativa de derechos o de carácter pecuniario), por la que, evidentemente y por no existir entonces no se formuló acusación.

(STS 523/2023, de 29 junio).

***Retroactividad de la ley penal más favorable: no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta LO 10/1995, CP/1995, trascienda a la LO 10/2022, por lo que no existe limitación en la aplicación de esta Ley como norma más favorable en los términos que se establece en el artículo 2.2 CP. La determinación de la norma más favorable debe realizarse valorando en su conjunto las normas penales de una u otra ley; se tendrán en cuenta los mismos criterios de individualización que se manejaron por el Tribunal sentenciador al imponer la pena objeto de revisión y debe ejercer el TS un control de proporcionalidad para determinar si la pena efectivamente impuesta es proporcionada a la gravedad del injusto de acuerdo con los parámetros de la nueva norma y las circunstancias valoradas por el tribunal sentenciador.***

En nuestro ordenamiento jurídico el citado principio tiene reconocimiento legal expreso en el artículo 2.2 del Código penal en el que se dispone que «tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque el entrar en vigor

hubiere recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumplimiento condena». [...] El artículo 2.2 CP citado plantea el problema de determinar en qué casos una norma penal es más favorable que la precedente.

Desde el punto de vista constitucional y convencional sólo hay una barrera que el legislador no puede sobrepasar por tener su reconocimiento en los preceptos supranacionales que hemos mencionado: no cabe imponer que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente en el momento de su comisión cuando esa ley ha sido sustituida por otra que contiene una valoración axiológica que mengua el disvalor que se atribuía a esa conducta por establecer una pena inferior o por negar su relevancia penal. Sólo quedan fuera de esa regla las leyes temporales, a las que se refiere específicamente el artículo 2.2 CP, porque la nueva ley penal en este tipo de casos obedecerá no a un cambio de valoración sino de las circunstancias fácticas.

Fuera de este límite el legislador tiene libertad para modular el principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

Ha sido habitual que en algunas de las reformas del Código Penal se establezcan normas de derecho transitorio para regular esta cuestión, pero en el caso de la reforma introducida por la Ley Orgánica 2(sic)/2022, de 6 de septiembre, el Legislador no estableció previsión alguna, lo que nos sitúa en el dilema de determinar si, ante ese vacío normativo, pueden aplicarse las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ley que alumbró el actual Código Penal.

[...] Es cierto que el criterio de revisión establecido en dichas disposiciones fue similar al utilizado en los Códigos Penales de 1932 y 1944, en reformas legislativas anteriores a 1995 (la Ley 3/1967, de 8 de abril, en la Ley 23/1976, de 19 de julio, en la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio; y también en la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar) y también en reformas posteriores como las introducidas en las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo (Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>). Sin embargo, el hecho de que se hayan reiterado las normas de derecho transitorio para modular la aplicación del principio de retroactividad de la norma penal favorable no permite sostener la vigencia de la Disposiciones Transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, ni de ninguna de las leyes posteriores, porque, por su propia naturaleza una norma de esta clase tienen como objetivo resolver el tránsito de una ley a otra, de lo que se infiere que es norma con una vigencia temporal, limitada a la resolución de las controversias que se produzcan en el cambio legislativo para el que son promulgadas.

Eso es lo que explica que en sucesivas reformas, cuando lo ha considerado oportuno, el Legislador ha incorporado de forma expresa normas de derecho transitorio. Tal es el caso, por ejemplo, de las importantes reformas operadas por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, que incorporaron una disposición transitoria segunda, de idéntico contenido, estableciendo los criterios interpretativos para proceder a la revisión de sentencias firmes o en la más reciente reforma del Código Penal, introducida por la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril.

Entendemos, por tanto, que no procede la aplicación directa de la Disposiciones Transitorias (2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>) de la LO 10/1995 y tampoco su aplicación analógica porque, en la medida que limitan las posibilidades de revisión, su aplicación supondría una analogía contraria a reo, prohibida por el artículo 4.1 del Código Penal y 4.2 del Código Civil.

Sin embargo, si pueden servir de reglas orientadoras para la interpretación del artículo 2.2 CP e incluso sería factible su aplicación analógica para extremos no limitativos de las posibilidades de revisión, necesitados de regulación pero huérfanos de previsiones específicas como los relativos a cuestiones procesales.

[...] A falta de norma de derecho transitorio aplicable, resulta obligado precisar qué criterios han de seguirse en la revisión de sentencias firmes.

(i) Para establecer cuál es la disposición más favorable, habrá de tenerse en cuenta la pena que corresponde al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de una u otra ley ya que no es aceptable un análisis fragmentado con la pretensión de tomar en consideración las disposiciones más ventajosas de la nueva norma. El análisis debe ser de la totalidad de las disposiciones de una y otra norma ya que, de no hacerse así, no se estaría haciendo una valoración comparativa de las dos legislaciones.

Se trata de un criterio que debe aplicarse con independencia de que exista o no norma que así lo proclame ya que elementales razones de coherencia y racionalidad exigen que la determinación de la norma más favorable debe realizarse valorando en su conjunto las normas penales de una u otra ley. El Tribunal Constitucional en una sentencia ya lejana, justificó las razones de este criterio interpretativo. En la STC 131/1986, de 29 de octubre, declaró que «no es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el Auto 369/1984, de 24 de junio, utilizar el referido principio (retroactividad de la ley penal más favorable) para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el artículo 117.3 de la CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen».

(ii) La revisión de una sentencia firme opera con dos magnitudes diferentes: Por un lado, una pena impuesta en función de un marco normativo determinado (tipo penal más reglas de determinación de la pena) y en función de una individualización judicial, que ha tenido en cuenta un conjunto de circunstancias sujetas al libre arbitrio judicial. Por esa razón, para proceder a la revisión deberá desplegarse una labor de individualización de la pena que se ajuste al nuevo marco de punición y a sus reglas de dosimetría, aplicando además elementos particulares de individualización que estén expresamente recogidos en la sentencia que se revisa, siempre que hayan sido objeto de debate contradictorio y puedan tener proyección sin quebranto del *bis in idem*. Así lo exige el principio de concreción que expresó aplicable la Gran Sala del TEDH con ocasión de la opinión consultiva reclamada por el Tribunal Constitucional de Armenia (segunda opinión emitida por el TEDH tras la entrada en vigor del Protocolo número 16 al Convenio).

(iii) Por último, debe hacerse un control de proporcionalidad para determinar si la pena efectivamente impuesta es proporcionada a la gravedad del injusto de acuerdo con los parámetros de la nueva norma y las circunstancias valoradas por el tribunal sentenciador. Así en la STS 266/2013, de 19 de marzo, este tribunal declaró que «el principio de proporcionalidad impone una interpretación menos literal y formalista de la expresada Disposición Transitoria Segunda, que, al exponer que en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, se ha de interpretar en el sentido de que la pena imponible resultante de tal operación de revisión no puede ser valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, bajo un criterio de consideración de todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente (STS 884/2011, de 22 de julio, entre otras).

Y es el principio de proporcionalidad el que ha de servir de parámetro fundamental para determinar si la nueva norma es o no más favorable que la precedente. La

penalidad imponible no puede ser considerada bajo criterios exclusivamente abstractos. La pena debe ser medida con todas sus circunstancias que no debe ser otras que las tenidas en consideración en la sentencia que se revisa.

(STS 569/2023, de 7 julio).

***Retroactividad de la ley penal más favorable: aplicación retroactiva de la LO 10/2022 en su conjunto, por lo que si se rebaja la pena de prisión, debe aplicarse la pena de inhabilitación del artículo 192.3 CP.***

1. Se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que reformó el Código Penal tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 10/2022, que es objeto de la primera garantizar la protección de las víctimas y evitar el efecto no deseado de aplicación de las penas mínimas que se fijaron en la Ley Orgánica 10/2022.

Ello supone un reconocimiento al establecimiento en esta última norma de la LO 10/2022 de una bajada de las penas mínimas que estaban introducidas en el Código Penal y que han sido modificadas en la Ley Orgánica 4/2023 con el fin expuesto en la Exposición de Motivos de que es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales.

Ello determina de nuevo la subida en la Ley Orgánica 4/2023 de las penas mínimas que se fijaron en la Ley Orgánica 10/2022, y que ha determinado que en los casos de que la pena impuesta sea la mínima de la anterior redacción del Código Penal se hayan fijado penas mínimas más bajas en la Ley Orgánica 10/2022, y que a la hora de ponderar si son más beneficiosas las mínimas de esta norma que la anterior del texto penal siempre tienen que operar en beneficio del reo, lo que constituye una actuación del tribunal revisor de obligado cumplimiento si el legislador baja las mínimas imponibles.

2. Se fija también en la Ley Orgánica 4/2023, que el objetivo de la misma es que en casos graves no se impongan penas bajas para referirse a las mínimas que rebajó la Ley Orgánica 10/2022.

3. Con ello, lo que resulta evidente es que la Ley Orgánica 4/2023 ha venido a paliar el problema originado por el establecimiento de penas mínimas más bajas que el anterior Código Penal y que ha provocado una bajada de penas en beneficio del reo siempre cuando el tribunal de enjuiciamiento haya puesto la pena mínima al entender que no concurre el requisito de la gravedad del hecho a la hora de individualizar la pena.

Así, en beneficio del reo, si la norma penal modificada en la Ley Orgánica 10/2022 rebaja la mínima que sirvió de baremo por abajo en la horquilla punitiva para la imposición de la pena, ello determina a las claras que fue esa la voluntad y espíritu del legislador en beneficio del reo.

De esta manera, si el legislador de la Ley Orgánica 10/2022 quiso rebajar las penas e imponer una pena mínima más baja en determinados tipos penales, la individualización judicial de la pena fijada por el tribunal sentenciador al mínimo conlleva que si la reducida gravedad del injusto supone la aplicación de la pena imponible en la mínima y la reconsideración de la pena fijada en la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 10/2022 supone una reducción de ese mínimo imponible deba aplicarse esa pena mínima nueva que fija la reforma penal ante la menor gravedad del injusto cometido por el autor del delito.

4. Se reconoce, también, en la Exposición de Motivos el carácter irreversible de la Ley Orgánica 10/2022, en tanto en cuanto los efectos provocados por la misma determinan la necesidad de la retroactividad de la citada normativa, en virtud del principio de la retroactividad de la norma más favorable y del artículo 25 de la Constitución, así como del artículo 9.3 de la Carta Magna y artículo 2.2 CP.

5. Se trata, con todo ello, de mantener la mínima impuesta si el tribunal de enjuiciamiento fijó la mínima imponible y el análisis acerca de cuál es la aplicación penológica de la reforma penal al mismo hecho en la imposición de la pena mínima.

6. También, en los casos de rebaja de penas, tanto se trate de revisión como de casos no enjuiciados pendientes de sentencia, recursos de apelación o casación la imposición de la pena más favorable con arreglo a los criterios de la Ley Orgánica 10/2022 llevará aparejada la imposición de la pena del artículo 192.3 CP. Se trata, pues, de aplicar el bloque completo de la LO 10/2022 si se aplica la rebaja de la pena.

7. Fuera del marco de la pena mínima que se modifica en la LO 10/2022 en los supuestos indicados, si la pena fuera impuesta por el tribunal de enjuiciamiento por determinar el análisis de la gravedad del injusto que no mereciera la imposición de la pena mínima a imponer según la horquilla del arco de la pena fijado por la Ley en cada caso, determinará que la pena se considera ajustada al marco legal y no se revisa. Por ello, en algunos casos podría haber la circunstancia de que la pena mínima fijada en sentencia no se adapte a la pena mínima de la LO 10/2022 en base a la motivación individualizada al caso concreto por el que se entienda que no merece una mayor rebaja penal por las circunstancias concurrentes y la gravedad del caso concreto.

8. No es aplicable la DT 5.ª CP de 1995 y que la revisión de la pena impuesta ha sido acorde a la interpretación jurisprudencial.

[...] Con respecto a la aplicación del artículo 192.3 CP debe estimarse este motivo en cuanto a que sobre la obligatoriedad de la imposición de dichas penas, la STS 930/2022 al aplicar la nueva redacción de la ley, señaló: «Hay que tener en cuenta que la aplicación de la LO 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual art 192.3 párrafo CP».

Y, en consecuencia, ya hemos expuesto que entendemos más gravoso para el penado un año de privación de libertad que la mencionada privación de derechos.

Por ello es más beneficioso reducir la pena privativa de libertad, pero aplicando el conjunto de la reforma penal y se trata, así, de aplicar el artículo 192.3 CP de una pena que es preceptiva en su imposición y en el conjunto de las penas impuestas es más gravoso la privación de libertad, por lo que le beneficia la bajada de un año de la pena privativa de libertad, aunque en el conjunto deba aplicarse la pena de inhabilitación del artículo 192.3 CP.

Más recientemente la STS 204/2023, de 22 de marzo, recuerda queda aplicación de la LO 10/22, debe serlo en su conjunto y que si se rebaja la pena de prisión en aplicación de la LO 10/22 debe aplicarse la pena del artículo 192.3 del Código Penal.

(STS 587/2023, de 12 julio).

## ARTÍCULO 22.4 CP

*Asesinato por razones de género: para la aplicación de discriminación por razones de género es necesario que los actos ejecutados manifiesten el menosprecio con el que se trata a la mujer o la humilla-*

*ción o sometimiento al que se la somete, por el mero hecho de ser mujer y subjetivamente basta con el conocimiento del significado de su conducta en esos aspectos, que pone de relieve su convencimiento respecto de su superioridad como consecuencia del género al que pertenece la víctima, no siendo necesario que sean pareja los sujetos.*

La construcción de los hechos probados permite la subsunción de los hechos en el tipo penal y la agravación de género *ex* artículo 22.4 CP, por cuanto del relato de hechos probados se desprenden como circunstancias habilitantes para la construcción de la agravante de género los siguientes parámetros:

1. Que la ejecución del hecho esté construida, o basada, en una pretensión de ataque del hombre sobre la mujer por el hecho de ser mujer. 2.— La agravante de género se puede aplicar, incluso, cuando sujeto activo y pasivo no sean pareja siguiendo los criterios del Convenio de Estambul. 3.— La agravante de género tiene un sustrato del desprecio a la mujer por ser mujer. Quiso acabar con la vida de las mujeres y solo de ellas por razón de género. 4.— El hecho probado recuerda que «El acusado realizó los hechos por motivos de género o sexo, dado que solo quería matar, de forma exclusiva, a las mujeres de la familia de Verónica, pero no a los hombres». 5.— El ataque y la forma de ejecutar el hecho que lleva aparejada la agravante de género lleva tras de sí un sustrato de jerarquización del autor y subordinación de la mujer. 6.— La agravante de género en delitos de asesinato, homicidio, o formas imperfectas de ejecución supone un intento de subyugación de la mujer al hombre. Mató a las mujeres por el hecho de ser mujeres. No a los hombres. Las culpabilizó por el hecho de ser mujeres, y lo que es más importante, las mató por tener las víctimas esa condición, no por otras razones personales en las que fuera irrelevante la condición de ser mujer. Era el factor relevante ser mujer y por eso las elige a ellas y las mata por su condición femenina.

Sobre la agravante de género existe una doctrina de la Sala reiterada en orden a fijar como características las siguientes que ha fijado esta Sala de forma reiterada: 1.— La agravante de género del artículo 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 351/2021 de 28 Abr. 2021, Rec. 10643/2020). 2.— Como ya dijimos en nuestra STS 1177/2009, de 24 de noviembre, interpretando preceptos penales específicos de género, se comete esta acción cuando la conducta del varón trata de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales. 3.— El fundamento de la agravante se ubica en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el mero hecho de serlo y en actos que implican, o llevan consigo, actos que evidencian un objetivo y fin de sentirse superior a la misma entendemos que no puede existir una exclusión por la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo del delito no exista una previa relación sentimental, tanto actual o pasada. Porque el ilícito penal que se cometa se asienta sobre la consideración de un trato desigual, precisamente por su diferente sexo, y en este supuesto, diferencia por razón de ser la víctima mujer, pero sin el aditamento de que sea pareja del agresor, o su ex pareja, sino esencial y únicamente por ser mujer, y en el entendimiento para el agresor de la necesidad de sumisión y obediencia, que lleva a sentir a la víctima ser una

pertenencia o posesión en ese momento del agresor, llegando a desconocerse las condiciones de igualdad que entre todos los seres humanos debe darse y presidir las acciones de los unos para con los otros. Con ello, a los elementos ya expuestos de dominación y machismo en el acto ilícito penal añadimos el de la desigualdad en los actos que lleva consigo el sujeto activo del delito sobre su víctima. 4.– Con la inclusión de esta agravante, se amplía la protección de los derechos de las mujeres frente a la criminalidad basada en razones de género. Esto es, delitos que se agravan por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad y dominación del hombre sobre la mujer. 5.– El fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4.º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 136/2020 de 8 May. 2020, Rec. 10621/2019). 6.– Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su artículo 2.º que «El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada». [...] 7.– No puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4.º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición *non bis in idem*. El ámbito de aplicación de la agravante de dominación por razones de género extravasa las relaciones conyugales o de pareja. En cuanto a los delitos sobre los que puede operar, siempre que su configuración lo permita, en principio no habrá que establecer más exclusiones que la de aquellos que incluyan en su descripción típica factores de género. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 571/2020 de 3 nov. 2020, Rec. 10427/2020). 8.– La agravante de género debe aplicarse en todos aquellos casos en que haya quedado acreditado que el autor ha cometido los hechos contra la víctima mujer por el mero hecho de serlo y con intención de dejar patente su sentimiento de superioridad frente a la misma; es decir, en aquellos casos en que se cometió el hecho por esa motivación, que atenta contra el principio constitucional de igualdad. 9.– La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. 10.– La agravante de género, ya lo hemos dicho y repetimos en palabras que ahora tomamos de la STS 420/2018, de 25 de septiembre, hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian a los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, artículo 3.c). (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 23/2022 de 13 Ene. 2022, Rec. 10303/2021). 11.– El fundamento de la agravación de género radica en la situación de discriminación hacia la mujer basada en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, al considerarlo el

autor como un ser inferior, sin derechos, y sin legitimidad para un comportamiento propio y desconectado del hombre. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 666/2021 de 8 Sep. 2021, Rec. 10277/2021). 12.– Su fundamento trae causa del mayor reproche que resulta respecto a quien comete cualquier delito por «razones de género», como plasmación de un entendimiento que se sustenta en la existencia de prejuicios relativos a la superioridad del género masculino respecto al femenino y, en consecuencia, al papel de subordinación que se reserva a las mujeres respecto de los hombres, hasta llegar a entendimientos meramente «despersonalizadores» o «cosificadores» de aquéllas, relación de desequilibrio o sometimiento que el autor procura con su conducta delictiva afianzar o mantener, llanamente incompatible con nuestra Constitución y los principios que la identifican. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 325/2022 de 30 Mar. 2022, Rec. 5849/2021).

(STS 66/2023, de 8 febrero).

## ARTÍCULO 74.2 CP

***Delito continuado en delitos patrimoniales: la regla del artículo 74.2 CP entendida, no como fórmula de determinación de pena, sino como regla constitutiva de un injusto propio y específico integrado por la suma del perjuicio total causado, supone, en el caso de comisión de un delito de hurto menos grave y uno leve, una única infracción como delito de hurto continuado.***

El motivo introduce una cuestión de evidente interés casacional a los efectos y en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 9 de junio de 2016: la articulación entre los artículos 74.1.º y 74.2.º, ambos CP, cuando la relación de continuidad se integra por dos delitos contra el patrimonio de diversa naturaleza, uno, menos grave y, otro, leve.

[...] La inaplicación de la regla de exasperación del artículo 74.1.º CP resulta en este caso procedente. No porque de aplicarse se incurriría en la prohibición de doble valoración, sino porque se castiga más de lo que resulta compatible con la vigencia de los principios de culpabilidad y merecimiento como límites materiales a la cuantía de pena imponible.

5. No cabe duda de que el caso plantea la necesidad de un nuevo ajuste que permita la adecuada articulación aplicativa entre el artículo 74.1.º y el artículo 74.2.º, ambos, CP, lo que en nada compromete el sentido y alcance del Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 que el Fiscal considera desatendido.

Precisamente, lo que el Acuerdo puso de relieve era la necesidad de una evaluación normativa de los riesgos de exceso que pueden derivarse de la regla penológica de la continuidad mediante la fórmula de la absorción agravada.

El Acuerdo identificó el riesgo de doble agravación en los delitos patrimoniales, pero ello no quiere decir que agotara todo el «mapa de riesgos» posibles que pueden derivarse, precisamente, de la delicada operación que supone, para aprehender mejor el injusto realizado y la culpabilidad del autor, la unión de varios comportamientos que cumplen individualmente un tipo penal.

6. Debe insistirse en que la clave normativa del delito continuado es la existencia de una pluralidad de acciones u omisiones que se unifican jurídicamente, por lo que el presupuesto fáctico de partida es coincidente con el que sirve de base al con-

curso real de delitos. Por ello, y sin perjuicio del nexo de continuidad que se establece entre la pluralidad de hechos que individualmente constituyen otras tantas realizaciones típicas y se aglutinan en el delito continuado, ello no quiere decir que aquellos desaparezcan.

Precisamente, el artículo 74.1.º CP reclama identificar, de entre todos los delitos que integran la relación concursal especial, el más grave, como presupuesto de la fijación de la pena por el conjunto.

Es obvio, por tanto, que el delito continuado se construye, expresamente, sobre «infracciones». Y si ello es así, en la lógica de las consecuencias necesarias y sistemáticas, nada autoriza a que el resultado en términos de pena exceda del que resultaría de la simple suma de las penas previstas para cada una de ellas. Con la sola excepción, legalmente prevista *ex* artículo 74.2 CP, de los delitos patrimoniales en atención, precisamente, al perjuicio total causado.

La regla del artículo 74.2 CP permite, cuando todas las infracciones cometidas constituyen delitos leves pero la suma del perjuicio supera el límite del delito menos grave, castigar con una respuesta penológica superior a la que resultaría de las reglas del concurso real. Como también permite la transformación, por la suma de los perjuicios, de delito menos grave a grave.

En estos casos, el complejo de acciones se castigará atendiendo al perjuicio total causado y, por tanto, de conformidad a la tipicidad resultante de dicha suma. Pero el principio de legalidad penal no autoriza a ampliar los efectos de esta regla más allá de lo que permite su interpretación estricta: cuando la continuidad no tiene efectos constituyentes de la gravedad de la infracción en atención al perjuicio total causado –grave, menos grave o leve– ningún criterio derivado de la ley penal vigente autoriza a prescindir del principio general de responsabilidad penal por los hechos singulares concretos cometidos.

Y ello por una razón esencial: si la pena individual imponible a cada infracción es la que expresa, como resulta constitucionalmente obligado, la respuesta proporcional en términos de merecimiento y necesidad de pena, el límite vendrá fijado, precisamente, por la suma de dichas penas imponibles.

El marco penal que resulte de la suma constituye el marco infranqueable que impone el principio de culpabilidad por el hecho, con la sola excepción que representa la regla segunda del artículo 74 CP, interpretada en sentido estricto.

Insistimos, si las distintas acciones conservan en el plano objetivo su singularidad y su entidad penal para medir el efecto de la absorción punitiva agravada, también la suma posible de las penas individuales correspondientes a cada una de las infracciones que se aglutinan en el delito continuado debe operar como límite máximo de la pena imponible por la acción continuada.

Por tanto, la pena exacerbada será la adecuada si, en el caso concreto, responde al total de injusto producido y a la culpabilidad manifestada por el autor.

7. Parece obvio, por expresa voluntad del legislador –«no obstante lo dispuesto en el artículo anterior», se precisa en el artículo 74 CP con relación a la regla de concurso real que se contempla en el artículo 73 CP– que el tratamiento punitivo del delito continuado no puede ser de peor condición que el modelo cumulativo previsto para el concurso real. Ni, tampoco, respecto al régimen de absorción agravada del concurso ideal de delitos y del medial del artículo 77 CP en el que se previene como condición de aplicación que la pena imponible agravada no supere la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos en concurso, pues, en caso contrario, deberán castigarse por separado.

Dicha regla, cuya aplicación se excluye expresamente solo con relación a los arts. 75 y 76, ambos, CP, contiene una cláusula de salvaguarda del principio de culpa-

bilidad en la determinación de la pena cuya aplicación a otros supuestos de unidad jurídica de acción no parece que contradiga el propio sentido político-criminal de la regla de punición exacerbada del delito continuado.

8. En el caso, no cabe duda de que la regla del artículo 74.2.º CP, entendida no como fórmula de determinación de pena sino como regla constitutiva de un injusto propio y específico integrado por la suma del perjuicio total causado –Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 18 de julio de 2007– arroja, en el caso, una única infracción como delito de hurto continuado.

Y también es cierto que el delito leve de hurto, única infracción adicional que integra la continuidad delictiva apreciada junto con la infracción menos grave precedente, produjo un perjuicio de 70 euros que debe sumarse a los 630 euros del delito menos grave de hurto.

Pero la traducción penológica del reproche que merece tal acción continuada debe concretarse judicialmente dentro del marco penal abstracto previsto para la infracción más relevante, sin someterse a la regla tasada de punición exacerbada del párrafo 1.º del artículo 74 CP, de acuerdo con los principios de responsabilidad y culpabilidad por los dos hechos cometidos.

9. Acudir, en este caso, a la regla de la exacerbación carece de toda cobertura desde el principio de culpabilidad.

En modo alguno, el nexo de continuidad entre el delito menos grave de hurto y el leve de hurto produce un contenido de injusto y de culpabilidad mayor que el que resulta de la suma del desvalor propio de los hechos individuales hasta el punto de justificar una pena privativa de libertad en la mitad superior de la prevista para el primero. En el caso, la pena «preceptiva» *ex* artículo 74.1.º CP de la mitad superior para la infracción más grave, cuya imposición disculpa, además, de todo esfuerzo de individualización, supera, en mucho, la gravedad del hecho y la culpabilidad manifestada del autor.

A salvo que se pretenda justificar dicha desmedida hiperpunición como respuesta por la conducta de reiteración de comportamientos contrarios a la norma. Lo que no solo comprometería el sentido de la relación de continuidad como unidad jurídica de acciones sino también los propios fundamentos del sistema penal basado en la culpabilidad por el hecho y no en la culpabilidad por la conducta de vida.

Sobre esta decisiva cuestión se ha pronunciado de manera reiterada el Tribunal Constitucional, recordando que la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico tanto del Derecho penal como del Derecho administrativo sancionador –vid. por todas, SSTC 76/1990, 246/1991, 86/2017, 51/2021–, vinculándolo con los arts. 10, 24 y 25 CE y excluyendo una comprensión del mismo que permita admitir la existencia de un derecho penal «de autor» que determine las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos –vid. por todas, STC 14/2021–.

10. En lógica correspondencia, nuestra sentencia de Pleno 481/2017, de 28 de junio, que excluyó la aplicación de la cláusula de multirreincidencia del artículo 235.7.º CP cuando las previas condenas lo fueran por delitos leves de hurto, reivindicó con especial énfasis, «cuando afloran contradicciones internas tanto de índole textual como sobre todo axiológicas» en la selección de la norma, el imprescindible rol hermenéutico del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga» –vid. también STS 684/2019, de 3 de febrero de 2020–.

Lo que coliga con el alcance que el Tribunal Constitucional ha dado al derecho a la legalidad penal como límite interpretativo de los preceptos penales. Como recuerda la STC 129/2008, «la seguridad jurídica y el respeto a las opciones legisla-

tivas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsumción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios –vid. también, SSTC 137/1997, 189/1998, 13/2003, 138/2004, 242/2005, 262/2006, 185/2014–.

Lo que comporta que el mandato de interpretación materialmente orientada de la norma penal a la Constitución exige tomar en consideración el presupuesto de culpabilidad que presta sentido y fundamento a la imposición de la pena.

11. De tal modo, junto a la prevención de *bis in idem*, en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno No jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, cuando, a la luz del perjuicio total causado y las condiciones de merecimiento del culpable, la pena imponible por la aplicación de la cláusula de exasperación del artículo 74.1.º CP resulte manifiestamente excesiva por superar la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos que integran la continuidad, tampoco procederá su aplicación, debiendo individualizarse la pena del delito continuado patrimonial en atención a la regla del artículo 74.2.º CP que permite fijar la pena puntual en la extensión más ajustada a la culpabilidad.

Lo que conduce, como anticipábamos, al rechazo del motivo pues la sentencia de primera instancia no ofreció ninguna razón individualizadora más allá de la cláusula punitiva de absorción agravada del artículo 74.1.º CP para imponer la pena en la mitad superior de la prevista para el delito menos grave de hurto. En el caso, la infracción leve no presta un mayor contenido de injusto total que justifique castigar imperativamente a la infracción más grave en su mitad superior. Lo impide la culpabilidad manifestada por los dos hechos que constituyen la continuidad.

En todo caso, y como prevención general para evitar el riesgo de pluspunción, en delitos patrimoniales cuando la continuidad se integra por una acción constitutiva de un solo delito menos grave o grave y por una o varias acciones constitutivas de delitos leves deberá estarse, exclusivamente, a la regla especial del artículo 74.2 CP.

Dicho de otra manera: en delitos patrimoniales, cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y constitutivas de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74.1.º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delitos de naturaleza menos grave o grave.

(STS 93/2023, de 14 febrero).

## ARTÍCULO 122 CP

***Responsabilidad civil partícipe a título lucrativo: acuerdo con autoridad para fraude a la Administración. Prescripción del delito, pero no de la acción contra el partícipe a título lucrativo, que, en este caso, tiene un plazo de prescripción de 15 años.***

La pretensión de condena, que es apoyada por el M.F., ha de ser estimada en base a una jurisprudencia asentada por esta Sala, de la que tomamos la doctrina que en que encontramos, entre otras, en la STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020 (caso Gürtel), y transcribimos los pasajes de interés, por la importancia que tiene precisar la naturaleza de la acción para exigir responsabilidad al partícipe a título lucrativo, que no es una acción *ex delicto*, como puede ser la relativa a la responsabilidad civil subsidiaria, sino una acción personal, por enriquecimiento injusto, sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 CC, de 15 años, si es anterior a la reforma operada por Ley 42/2015, de 5 de octubre, o de 5 tras la reforma.

Decíamos en dicha sentencia:

El artículo 122 CP dispone: «el que por título lucrativo hubiere participado en los efectos del delito está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del delito hasta la cuantía de su participación». Precepto este que, por tanto, prevé la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado al sujeto pasivo del delito en las adjudicaciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de «receptación civil».

La jurisprudencia de esta Sala, SSTS 324/2009, de 27 de marzo; 212/2014, de 13 de marzo; 287/2014, de 8 de abril; 227/2015, de 6 de abril; 433/2015, de 2 de julio; 467/2018, de 15 de octubre; 665/2018, de 18 de diciembre, ha deslindado los conceptos jurídicos del partícipe a título lucrativo, caracterizándose por las siguientes notas:

- a) Nota positiva, el haberse beneficiado de los efectos del delito.
- b) Nota negativa, no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el artículo 116 CP y (STS 522/2023, de 29 junio) no el 122 del mismo texto legal, e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos a fin de impedir la aplicación del «*crimen receptionis*».
- c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna.
- d) Por tanto, no se trata de una responsabilidad *ex delicto*, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita –art. 1305 Código Civil–. En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal, según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita.
- e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material –o cómplice– del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento/enriquecimiento lucrativo que haya tenido.
- f) La acción civil contra el partícipe a título lucrativo de un delito, al tratarse de una acción personal está sujeta a los plazos de prescripción de tales acciones.

[...] Por ello partiendo de esta distinción de la naturaleza de la responsabilidad civil de los arts. 120 y 122 CP esta Sala casacional cuando se ha pronunciado sobre la prescripción de la acción civil dirigida contra el partícipe a título lucrativo no tuvo en cuenta la doctrina de que tal responsabilidad prescribe cuando lo hace el delito –que si aplica a la responsabilidad subsidiaria en cuanto deriva del delito– sino que entendió que nos encontramos ante una acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción, siendo de aplicación el plazo establecido en el artículo 1964.2 Código Civil.

(STS 522/2023, de 29 junio).

## ARTÍCULO 167 CP

***Detenciones ilegales y secuestros: cometido por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la Ley: compatibilidad entre los artículos 167 y 163.4 CP. La remisión que el artículo 167 del CP hace al artículo 163, alcanza también al apartado 4 de este último.***

Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos:

a) De una parte, se afirma que, si bien la descripción típica del artículo 167, referido a las detenciones ilegales llevadas a cabo por Autoridad o funcionario público distintas de las contempladas en el artículo 530 del mismo Código Penal, parece incongruente con una vinculación al supuesto del apartado 4 del 163, ya que éste se encabeza con la referencia a «El particular...», lo cierto es que esta referencia a la literalidad de ambos preceptos no puede ser considerada como un obstáculo absoluto para la discutida posibilidad de remisión, toda vez que también el apartado 1 del meritado artículo 163, precisamente aplicado por la Audiencia en el presente caso, también castiga a «El particular que encerrare o detuviere a otro...».

b) Por ello, la remisión del 167 ha de entenderse no referida a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en los diferentes apartados del artículo 163, con todos los elementos que los definen, sino, tan sólo, a un aspecto concreto de éstos, a saber, la acción típica, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción.

c) En cualquier caso, se constata que el repetido artículo 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del 163.

d) Y, en ese sentido, tampoco parece razonable ante una situación, cuando menos, de duda interpretativa, que esta duda se despeje «contra reo», excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aun cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una Autoridad o funcionario público.

e) Máxime cuando el «plus» en el desvalor de esa acción, en razón a la peculiaridad del sujeto activo del ilícito por tratarse precisamente de persona que, en su condición de funcionario, está llamado a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio artículo 167, que dispone la agravación del castigo previsto para quien no fuere funcionario, a lo largo de todos los supuestos del 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo

también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone además la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano.

f) No debiendo, así mismo, desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del artículo 163.

[...] el funcionario policial que detiene a una persona cuando la Ley no le autoriza a hacerlo se encuentra inmerso en los preceptos de las detenciones ilegales de los arts. 163 a 166 –aunque con la agravación del artículo 167– de ahí que si la detención ha sido efectuada para entregar al detenido a la autoridad –judicial o no–, puede ser de aplicación –conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia de instancia (vid SSTS 678/2012, de 18 de septiembre, 197/2009, de 3 de marzo y Pleno no jurisdiccional de 27.1.2009), en su caso, el artículo 163.4, en relación con el artículo 167.

Así se ha considerado la detención ilegal practicada por autoridad o funcionario por «razones ajenas al servicio e interés público, por motivaciones puramente privadas» (SSTS 2060/2000, de 17 de junio, 845/1998, de 18 de junio).

Así también en STS 394/2006, de 29 de marzo, policía, libre de servicio, que tras un enfrentamiento particular con otras personas, ordena la detención de estos, consideró correcta la aplicación del artículo 167, pues la decisión de la detención partió del acusado, actuando como agente policial, aunque no estuviera de servicio, ya que a consecuencia de la inexistencia de causa legal, alegó una causa aparente –el enfrentamiento– ante la dotación policial que materialmente fue, le llevó a cabo de manera meramente instrumental la detención.

[...] Por lo demás, el policía concernido, aun estando de baja médica, se encontraba en la situación administrativa de activo, y en consecuencia, le es aplicable su condición de policía, en punto a lo dispuesto en el artículo 167 del Código Penal, e incluso él mismo hizo valer su condición de policía en los hechos por los que fue condenado en la instancia. Dicho de otro modo: la situación de baja médica no impide la aplicación de los tipos penales en donde se contempla su posición funcional, como agente de policía, mientras no cambie su situación administrativa como funcionario en activo.

(STS 640/2023, de 24 julio).

## ARTÍCULO 169 CP

*Amenazas: proferir términos amenazantes en dependencia policial, lo que considera el Tribunal de apelación que no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son verdaderas en presencia de un aparato encargado de la seguridad pública, sin intención por el autor, ni asumiendo la posibilidad, de que llegaran a sus destinatarios.*

Estamos ante un delito de peligro hipotético. No porque las amenazas puedan o no cumplirse; o porque puedan llegar o no a su destinatario, sino porque no se exige que se produzca una efectiva perturbación del ánimo del amenazado, o que mengüe su sentimiento de seguridad. El delito de amenazas se consuma con la recepción por parte

del destinatario del mensaje intimidatorio, aunque por su entereza de ánimo, su carácter, por sentirse protegido o por otras mil eventuales razones, no haya afectación de lo que se quiere proteger: la sensación de tranquilidad y seguridad. Por tanto, no es un delito de resultado, aunque eso no excluye formas comisivas imperfectas al tratarse de actividad que, según los casos, se puede fraccionar y diseccionar. La amenaza no estará consumada hasta que llegue a conocimiento del sujeto pasivo. No a cualquier destinatario, sino precisamente a la persona amenazada: si fuese de otra forma, no se entendería la alusión a determinados parientes del artículo 169.1; y, por otra parte, en este caso habría que hablar de dos delitos de amenazas –a la exmujer y a la excuñada–. Ese planteamiento obligaría a buscar un bien jurídico protegido distinto: no habría aptitud en la acción para afectar al sentimiento de seguridad de quien desconoce la amenaza.

Cuando coinciden emisión y recepción no hay cuestión. Cuando entre la emisión del mensaje y su recepción media un lapso temporal o un curso causal menos lineal (amenazas a través de tercero; por envío de una misiva; etc...) son imaginables formas imperfectas.

Pero una tentativa necesita siempre un elemento subjetivo: la intención –basta el dolo eventual– de que llegue a conocimiento del amenazado. El agente ha de captar esa posibilidad y aceptarla o, al menos, mostrar indiferencia hacia ella. Lo descarta la Audiencia Provincial en la apelación. Bastaba que hubiese dicho que el acusado asumió la posibilidad de que fuesen trasladadas a la amenazada para que fuese viable la condena. Pero la Audiencia lo excluye. No podemos contradecir esa estimación pro reo de otro Tribunal.

La recepción de las amenazas no constituye propiamente el resultado del delito. Mucho menos, una condición objetiva de punibilidad ajena al dolo del agente. Si, contradiciendo la caracterización tradicional del delito de amenazas, le otorgásemos esa conceptualización sí que habría que excluir las formas imperfectas (según la doctrina más generalizada, aunque no unánime). No parece que sea viable ni fecundo un entendimiento a tenor del cual el anuncio de un mal en cualquier contexto a un tercero no presente, conocido o no, popular o no, sea por sí una acción típica, antijurídica y culpable que se convertirá, además, en punible si y solo si, cualquiera de los que la oyó, en acción imprevisible (la condición objetiva de punibilidad se llama objetiva porque no ha de ser captada por el dolo del autor) la comunica al aludido.

Las amenazas típicas exigen, una relación entre el sujeto emisor y el destinatario, que se consumará cuando las expresiones proferidas vayan dirigidas a conturbar la seguridad de una persona, lo consiga o no. Esa relación puede ser directa, casos de contacto personal; o a través de un medio que asegure su recepción por el sujeto pasivo: entornos familiares o cercanos al sujeto pasivo, incluso medios de comunicación. Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima y que esa fuese la intención, directa y exclusiva, o consecuencia asumida, del sujeto activo.

Desde esta perspectiva, la expresión de términos amenazantes en una dependencia policial, precisamente ante un cuerpo policial encargado de prestar seguridad a la ciudadanía, aunque pudiera integrarse en la tipicidad de las amenazas, en el caso concreto, el tribunal ha considerado, y es razonable, que no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son verdaderas en presencia de un aparato encargado del mantenimiento de la seguridad pública. Podrían constituir la exteriorización de una oposición a la detención policial legítimamente acordada, conducta, desde luego impropia, pero fuera de la tipicidad del delito de amenazas. Así lo entendió el tribunal en la sentencia impugnada en un extremo que en casación no podemos revisar por las razones antedichas.

(STS 179/2023, de 14 marzo).

## ARTÍCULO 178.1 CP

***Agresiones sexuales: no es cierta la exigencia de que la víctima tenga que hacer patente su negativa, sino, al revés, se exige el consentimiento de la misma al acto sexual, como ya se encarga de señalar el texto.***

Señala el recurrente que es preciso 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», lo que no es admisible.

Y ello, porque no es cierta la exigencia de que la víctima tenga que hacer patente su negativa, ya que no es precisa la negativa expresa de la víctima, sino, al revés, el consentimiento de la misma al acto sexual, como ya se encarga de señalar el artículo 178.1 CP en cuanto a que siempre se ha considerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que el consentimiento era una exigencia a considerar en el análisis de un caso por denuncia por delito de contenido sexual siendo mayor de 16 años la víctima, de tal manera que si no había habido consentimiento antes de la LO 10/2022 existía delito contra la libertad sexual.

En este caso concreto ese consentimiento no existió. Y como no lo hizo esto es determinante ya por sí mismo de la existencia de la agresión sexual.

Se recoge, así, el artículo 178 CP que Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Por ello, ¿Qué consideraciones podemos realizar al respecto?

1. El que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Responsable de agresión sexual.
2. Basta la ausencia de consentimiento para que exista agresión sexual. No es precisa la violencia o la intimidación.

Lo que hace el texto penal es referir en el artículo 178.2 que se consideran en todo caso agresión sexual... y cita a los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

Pero no hace falta que estos concurren para que exista agresión sexual. Si no hay consentimiento y hay un acto de contenido sexual sin que la víctima consienta hay agresión sexual. Pero esto ya lo había admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes de la LO 10/2022 y ahora la LO 4/2023.

3. Se consideran en todo caso: (Se evidencia que es un «plus» de agravación ante el hecho del núm. 1 de la ausencia de consentimiento que ya determina la agresión sexual sin necesidad de que estos concurren.

(178.2) Se consideran agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando (1) violencia, (2) intimidación o (3) abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que (4) se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

El Tribunal supremo ya había manifestado de forma reiterada la exigencia del consentimiento de la mujer para tener relaciones sexuales, sin el cual existía agresión sexual antes de la LO 10/2022.

[...] Se trata de supuestos en los que además de no existir el consentimiento expreso o tácito éste está viciado por concurrir alguna de las circunstancias que ahora se recogen en el artículo 178.2 y 3 CP.

[...] No hace falta que la víctima diga «no» al acto sexual.

En la actualidad no es preciso, con la redacción del artículo 178 CP una negativa de la víctima, sino que lo que se valora es si hubo consentimiento, o no, al acto de contenido sexual. Tampoco es preciso que la mujer exprese una resistencia al acto, sino que es al revés. Si no consiente hay agresión sexual.

[...] Con ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había exigido el consentimiento de la mujer para que sea viable el acto sexual, y su inexistencia ya daba lugar por sí mismo a la agresión sexual. Y ello con independencia de que si lo que consta es, además, y en todo caso, violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad, resulta evidente que existirá agresión sexual. Pero esto es un «además de», por lo que si el consentimiento no existe ya por sí mismo es agresión sexual.

El consentimiento debe vislumbrarse, en consecuencia, mediante actos, gestos o manifestaciones o expresiones que denoten que admite el contacto sexual. El silencio en principio no puede entenderse como consentimiento, pero atendido el contexto podría serlo.

Debe desprenderse de actos o gestualización que la mujer admite el contacto sexual, por lo que no cabe la presunción del consentimiento por el autor, ni la deducción del autor de que la víctima acepta a tener el contacto sexual.

La existencia, o no, del consentimiento se obtendrá por la inferencia del juez o tribunal a tenor de la prueba practicada, teniendo en cuenta la declaración de la víctima y la del acusado, debiendo hacerse notar que:

La inferencia para deducir si hubo consentimiento es la clave de la prueba en juicio y en estos casos, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020 exigirá que se redoble la motivación de la sentencia si se basa exclusivamente en la declaración de la víctima sin pruebas de corroboración periférica, ya que se trata de «declaración contra declaración», exigiéndose una cuidadosa motivación acerca de las razones que llevan al tribunal a tener por enervada la presunción de inocencia, teniendo en cuenta la declaración en el plenario y la que se llevó a cabo en fase sumarial.

(STS 544/2023, de 5 julio).

## ARTÍCULOS 178.1 Y 180.1 CP

***Agresiones sexuales:** el consentimiento referido en la LO 10/2022 no exige que sea expreso, puede ser tácito y dependiendo de las «circunstancias del caso», sin que exista una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser renovado atendidas las circunstancias del caso.*

Recordemos que la nueva LO 10/2022, de 6 de Septiembre integral de delitos contra la libertad sexual recoge en el artículo 178 CP sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

Con ello, no se exige en estas situaciones un consentimiento expreso, sino que puede ser tácito, y dependiendo, y aquí está la clave del texto, de las «circunstancias del caso». Pues en este supuesto estas circunstancias evidencian que la voluntariedad existió. Incluso consta que hubo un ofrecimiento y una aceptación voluntaria a llevar a cabo el acto sexual, por lo que el acceso sexual, tanto bucal como vaginal, fue consentido, sin que conste en modo alguno en los hechos probados algún tipo de negativa o no aceptación por la víctima, ya que mientras que esta negativa se expone en los actos sexuales forzados de Baltasar y Constantino, nada se dice en los de Damaso que fue quien primero tuvo acceso bucal carnal con Lina y con su voluntariedad expresa, por lo que la referencia de la reforma del CP a las «circunstancias del caso» puede aquí aplicarse en su totalidad, habida cuenta que aunque no se exija un consentimiento expreso, en este caso, incluso se da el dato de la voluntariedad de Lina ante el ofrecimiento de Damaso. Hay que recordar que con relación a los actos sexuales realizados por una persona hay que fijar varios matices:

1. La circunstancia de que la mujer quiera realizarlos con una persona no determina que deba realizarlos con otras personas que aparezcan en el lugar. 2.— O que si una mujer consiente a un acto sexual quiera decir que consienta más veces, incluso con la misma persona, o con otros. 3.— La mujer tiene libertad sexual para consentir un acto sexual y para negarse al siguiente. 4.— Que haya aceptado un acto sexual con una persona no quiere decir que acepte otros actos sexuales con ella o con otros. 5.— No existe una presunción de consentimiento perpetuo de la mujer en los actos sexuales, sino que cada uno de ellos debe ser «renovado» atendidas las circunstancias del caso. 6.— No existe el subjetivismo del autor de que la mujer consiente el acto sexual. Debe quedar evidenciado atendidas las circunstancias del caso. Pero en este caso concreto, las circunstancias del caso evidencian el consentimiento, no pudiendo introducirse criterios en esta sede de revaloración de prueba que afecten a los hechos probados que la recurrente los interpreta de forma que no existió el consentimiento, cuando se trató de una aceptación de Lina a los actos sexuales que tuvo con Damaso en su conjunto.

[...] para la apreciación del subtipo agravado que ahora se mantiene con la LO 10/2022 de 6 de septiembre en el artículo 180.1.3.º CP se exige para apreciar la especial vulnerabilidad de la víctima: 1.— Sobre todo que sea conocida por el autor la situación de vulnerabilidad sobre la que se predica la imposición del subtipo agravado en la sentencia condenatoria. 2.— No se trata de que objetivamente la víctima la tenga, sino que sea percibida por el autor. 3.— Nótese que se refiere a que exista un prevalimiento sobre esa vulnerabilidad, lo que requiere el conocimiento del autor en el dolo comisivo que sea reflejado en los hechos probados. 4.— Es preciso que el autor conozca la vulnerabilidad, en este caso, la debilidad mental, y su existencia y que además sabe que sepa déficit intelectual impide a la persona decidir libremente.

Hay que recordar que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o situación, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor.

Esta circunstancia exige la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos, al mismo tiempo, del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos.

El «conocimiento» externo visible del agente de la vulnerabilidad de la víctima como elemento determinante de la agravación.

Sin embargo, debemos considerar que una cosa es el dato objetivo de la existencia de una situación de vulnerabilidad después de un estudio al respecto, y otra que en

situaciones no claramente evidentes se exija un conocimiento de la vulnerabilidad que atraiga el plus de antijuridicidad y culpabilidad de la conducta.

Recuerda la doctrina sobre la circunstancia 3.<sup>a</sup> del artículo 180.1 CP que hace depender la agravación de la concurrencia de situaciones de «vulnerabilidad personal» excesivamente genérica. En los casos de minoría de edad el conocimiento del sujeto activo debe abarcar la circunstancia de la edad de la víctima. El artículo 180.1.3.<sup>o</sup> CP aglutina en consecuencia cuatro circunstancias que configuran la agravación –vulnerabilidad por edad, enfermedad, discapacidad, y en cualquier otra circunstancia (que opera como cajón de sastre individualizable al caso concreto)–.

[...] Pero debemos concluir que no basta el dato fáctico de esa enfermedad que conlleva la agravación, sino su evidencia para el actuar del sujeto, que es lo que atrae la agravación por su aprovechamiento, ya que si no existe ese conocimiento de la vulnerabilidad por el sujeto no existe este «aprovechamiento» que atrae la agravación y el mayor reproche penal. En un tipo penal de estas características es posible que ciertas particularidades de la víctima, que serán de analizar en cada caso concreto, determinen su vulnerabilidad, y por ello incrementen el desvalor del hecho justificando la agravación de la pena respecto del tipo básico, pero exigen que atendidas las características de la víctima sea apreciable la vulnerabilidad de forma notoria, y que «sea rara», por ejemplo, no lo evidencia, aunque posteriormente exista un informe que lo objective, ya que esta circunstancia es plenamente objetiva, y, también, además de ello, el conocimiento de la vulnerabilidad subjetiva, aunque esta debe manifestarse de forma clara y evidente. Por ello, estima la doctrina que en estos casos estima el legislador que la víctima, en razón a sus circunstancias personales edad, enfermedad, discapacidad, o cualquier otra semejante, dispone de menos recursos para defenderse de los ataques frente a su esfera sexual.

Insiste la doctrina en el «conocimiento» cuando añade que esta cualificación tiene su fundamento en el especial reproche que supone el aprovechamiento consciente por parte del sujeto activo de una situación de superioridad frente a la especial debilidad de la víctima por su edad, enfermedad o discapacidad, que implica en la práctica, mayores dificultades para oponerse a las pretensiones sexuales del agresor. Esta circunstancia exige la concurrencia de los elementos objetivos y del conocimiento y aprovechamiento por parte del agente de los mismos.

[...] Y las claves respecto al consentimiento en los actos de contenido sexual son las siguientes:

1. No existen, en modo alguno, prórrogas de consentimientos puntuales con una persona a instancia de quienes realizan actos sexuales con una mujer pretendiendo que si ésta ha realizado un acto consentido previamente con otra persona exista una prórroga del consentimiento presunto con otros. 2.– La mujer tiene derecho a realizar antes una relación sexual con una persona y negarla más tarde con otra. Pretender lo contrario supondría culpabilizar a la víctima, e imponerle una especie de «servidumbre sexual» por la circunstancia de que antes haya tenido una relación sexual. La mujer decide con quien quiere tener relaciones sexuales, y éstas no se le pueden imponer. 3.– Ello sería atentar contra la libertad sexual de las mujeres y trasladar la creencia del consentimiento al hombre cuando las circunstancias del caso no determinan con claridad y concreción que el consentimiento existe claramente en la voluntad de la mujer. 4.– El consentimiento no se puede prorrogar a instancia y voluntad exclusiva del hombre aunque ella haya llevado antes contacto sexual con el mismo u otros hombres. 5.– Resulta absolutamente inadmisible que el consentimiento al que se refiere la redacción del artículo 178 apartado primero del Código Penal, tras la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y anteriormente a esta reforma, se pueda concebir desde la creencia punto de vista subjetivo del autor, y no desde la voluntad decisoria

de la mujer. 6.– La perspectiva subjetiva de la creencia de que existe consentimiento no puede reforzarse ni admitirse, sino en virtud de la clara voluntad, que puede ser expresa o tácita, de la mujer atendidas las circunstancias del caso. No se exige una expresividad manifestada exteriormente, ya que el texto penal permite una aceptación atendidas las circunstancias del caso. Pero en el presente caso las circunstancias fueron contrarias a que existía consentimiento, sino todo lo contrario. 7.– El criterio mantenido por los recurrentes supondría trasladar la existencia del consentimiento a la creencia del autor que tiene el acceso sexual de que la mujer consiente, cuando no existen aspectos externos en la misma para trasladar de forma clara la fehaciencia del consentimiento a la realización de actos sexuales. 8.– El consentimiento no puede entenderse nunca como presunto, porque el consentimiento nunca se puede presumir, sino que se traslada a la víctima su decisión y expresión de alguna manera atendidas las circunstancias del caso que quede reflejado para que, sin lugar a dudas, el hombre conozca con claridad la expresión inequívoca del consentimiento de la mujer para la realización de actos sexuales. 9.– Incluso hay que hacer constar que el hecho de que la víctima tuviera en momentos precedentes una relación sexual con otra persona en modo alguno determina una especie de presunción de prolongación o extensión del consentimiento con otros autores, lo cual es absolutamente rechazable, porque el consentimiento de la víctima es único y con respecto a un momento en concreto, así como con relación a una persona, y sin posibilidad de una extensión a otras en base a la libertad sexual de la mujer de consentir la realización de actos sexuales con una persona y negarlos con otra.

10. La queja que en este sentido muestran los recurrentes es absolutamente rechazable por no suponer en modo alguno un consentimiento puntual una interpretación extensiva que pueda admitirse un consentimiento posterior por existir uno anterior con otra, e incluso con la misma persona. 11.– No existe una especie de perpetuación en el consentimiento de una mujer para realizar actos sexuales, como si fuera una especie de «cheque en blanco» para realizar un acto sexual que la mujer lo haya hecho antes con esa persona, o con otra. El consentimiento para el acto sexual es renovable para cada acto sexual.

(STS 10/2023, de 19 enero).

## ARTÍCULO 178.2 CP

***Antiguos abusos sexuales cometidos con engaño o abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia, contra persona mayor de 16 años y menor de 18: tipo derogado por la LO 10/2022. No tiene encaje en el actual artículo 178, que supondría una pena mucho mayor.***

El nuevo artículo 178 CP con esa expresión –abuso de superioridad– quiere acoger los hechos antes incardinables en el artículo 181.3 –prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta– lo que en el caso analizado comportaría una penalidad comprendida entre cuatro y diez años de prisión. El artículo 182 CP no era un tipo atenuado. Sería absurdo: llevaría a entender que cuando la víctima es menor de 18 años y mayor de 16, la pena habría de ser inferior. La relación entre el artículo 181.3 y 182 no era de especialidad (el artículo 182 como *lex specialis*); sino de subsidiariedad (el artículo 182 sería *lex subsidiaria*). El precepto solo resultaba apli-

cable cuando no operaba el artículo 181, es decir, en defecto del mismo, lo que venía a significar que el abuso de una relación de confianza o influencia sobre la víctima era una situación diferente, por ser menos intensa, que la manifiesta superioridad que coarta la voluntad de la víctima.

[...] La redacción del artículo 178.2 actual en su alusión a un abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima es heredera del anterior artículo 181.3; y no del antiguo 182. Los supuestos ubicados en este último tipo se despenalizan. Los que quedaban incardinados en el anterior artículo 181.3 pasan a recogerse en el actual 178.2.

(STS 943/2023, de 20 diciembre).

## ARTÍCULO 197.2 CP

***Descubrimiento y revelación de secretos: cualquier persona tiene derecho a que la información sobre los movimientos de su cuenta corriente, en un período que se prolongó durante más de un año, sea protegida frente a su excónyuge; la información que se contiene en esos extractos responde a la noción de dato reservado de carácter personal cuyo apoderamiento, por sí solo, es constitutivo del delito previsto en el artículo 197.2 CP***

Los datos que reflejan los movimientos contables de una cuenta personal entran de lleno en el espacio de protección del artículo 197.2 del CP. Gozan de la defensa reforzada que el derecho a la protección de datos concede con carácter general frente a todos y, de modo especial, en el presente caso, frente al exmarido que pretende hacerse con esos datos para entablar una demanda civil de reclamación de cantidad.

[...] La protección de esos datos no es el resultado de una voluntariosa actitud de reserva asumida por las entidades bancarias. Antes al contrario, constituye una obligación legal impuesta por la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [...]. También aparece reforzado el valor axiológico de esos datos en la LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

La vinculación entre el derecho a la intimidad y los datos bancarios ha sido también proclamada –no sin algunos matices cuando se trata de la información requerida por los servicios de inspección tributaria– por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 97/2019, 16 de julio y 110/1984, 26 de noviembre). Ha sido también abordada por esta Sala en distintas resoluciones que contemplan los límites de esa vinculación desde la perspectiva de la injerencia del Estado que investiga penalmente las cuentas corrientes de un sospechoso (cfr. SSTs 434/2021, 20 de mayo; 725/2020, 3 de marzo; 520/2022, 26 de mayo, entre otras). Nos hemos pronunciado igualmente sobre la irrelevancia típica, por falta de perjuicio, de la obtención de datos económicos de su exmarido por parte de una funcionaria de la administración de justicia que accedió a la base automatizada de datos del punto neutro judicial, logrando así una información que fue hecha valer en el procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales (STS 221/2019, 29 de abril).

[...] En el presente caso, los hechos tienen pleno encaje en el artículo 197.2 del CP. La línea argumental asumida por el órgano de apelación de que los datos obteni-

dos por Ceferino, si bien son reservados, «...no afectan al núcleo duro, al ámbito de la privacidad e intimidad personal» no puede ser compartida.

En efecto, el artículo 197.2 del CP protege frente al apoderamiento de los datos reservados de carácter personal. Y por reservados habrá que entender aquellos datos personales que son de acceso o conocimiento limitado para terceros ajenos al fichero en el que se hallan registrados y archivados, aunque no sean íntimos en sentido estricto; es decir, son datos personales que no están al alcance de terceras personas ajenas a su tratamiento o acceso autorizado, lo que comporta un entendimiento funcional y formal del término en relación con la mayor o menor accesibilidad de los datos y no necesariamente con su contenido o naturaleza de mayor vulnerabilidad para el sujeto (sensibles) o por su afectación mayor o menor a la intimidad, aunque es indudable que el fundamento de la reserva vendrá normalmente justificado por alguna de tales características (cfr. ATS 1945/2014, 27 de noviembre).

La protección penal de lo que la Audiencia Provincial califica como «núcleo duro de la intimidad» no se encuentra en ese precepto, sino en el tipo agravado del artículo 197.5, cuando los datos revelen «... la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual». Rechazar la protección penal de datos reservados de carácter personal porque no se encuentran en el enunciado del tipo agravado supone dejar sin contenido el tipo básico.

Conviene recordar, en línea con lo que ya apuntábamos en la STS 538/2021, 17 de junio, que «... el artículo 197 del CP, en su inabarcable amplitud y casuismo –defectos técnicos de constante presencia en las últimas reformas legislativas dispensa tutela penal a derechos constitucionales de distinto y relevante valor axiológico. El ámbito de exclusión frente a los poderes públicos y frente a terceros que los apartados 1, 3 y 4 del artículo 18 de la CE reconoce a cada ciudadano, impone la incriminación de aquellas conductas que menoscaban de forma intencionada ese reducto de privacidad garantizado por nuestro sistema constitucional. El artículo 197 sanciona conductas que pueden afectar a la inviolabilidad de las comunicaciones, al derecho a la protección de datos –entendido éste como el derecho a controlar los datos automatizados que los demás conocen de nosotros, habeas data– y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, preservando su integridad frente a la injustificada difusión de esos datos. Así lo hemos proclamado en distintos precedentes, de los que las SSTS 445/2015, 2 de julio; 1328/2009, 30 de diciembre; 114/2009, 12 de noviembre; 990/2012, 18 de octubre, entre otras muchas, no son sino elocuentes ejemplos).

Pero está fuera de dudas que, una vez delimitado el contenido material de la tutela que ha de ser dispensada al titular de la información contenida en los datos que han sido apoderados, no es correcto proceder a una segunda operación hermenéutica en la que el intérprete, con la exclusiva referencia que proporciona el tipo agravado del artículo 197.4 del CP, etiqueta la pujanza y sensibilidad de estos datos a costa de dejar sin contenido el tipo básico previsto en el artículo 197.2 del CP.

La protección penal de los datos personales no puede ser identificada con la protección penal –agravada– de los datos sensibles o datos secretos. El artículo 197.2 del CP protege en su apartado 2.º algo distinto a los datos integrados en el «núcleo duro de la intimidad». Hemos de descartar cualquier línea de razonamiento que condicione la tipicidad al carácter secreto de los datos que son objeto de utilización y difusión. El epigrama «dato reservado de carácter personal» es un concepto normativo que ha de interpretarse conforme a la legislación protectora de ese derecho de nueva generación consolidado al amparo del artículo 18.4 de la CE, esto es, el derecho a la autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de uno mismo. De ahí que el concepto de «datos personales» no

pueda ser identificado a efectos penales como «dato secreto». De hecho, el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, define el dato personal como «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Y añade que «se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona».

En definitiva, cualquier persona tiene derecho a que la información sobre los movimientos de su cuenta corriente, en un período que se prolongó durante más de un año, sea protegida frente a su excónyuge. La información que se contiene en esos extractos responde a la noción de dato reservado de carácter personal cuyo apoderamiento, por sí solo, es constitutivo del delito previsto en el artículo 197.2 del CP.

El argumento exculpatario de la Audiencia Provincial, cuando afirma que «... los documentos aportados al pleito civil por el acusado no suministran información íntima sobre la denunciante, como pudiera ser dónde, cómo o con quien gasta ese dinero, sino tan solo refleja unas cuantas disposiciones mediante reintegros en caja», no es asumible por esta Sala.

La intimidad ligada a esa información bancaria no necesita de referencias locativas complementarias –dónde se gastó ese dinero–, o de carácter subjetivo –con quién se gastó ese dinero–. Llevado a sus últimas consecuencias ese razonamiento podría entenderse que la protección penal de la intimidad ligada a los datos bancarios sólo se dispensa en el momento del gasto, o que el marido tiene derecho a controlar la titularidad e importe de los bienes de los que dispone su excónyuge y sólo le está vedado saber con quién o dónde se ha gastado su importe.

Tampoco podemos identificarnos con la conclusión de atipicidad a partir del criterio de que esos datos, al fin y al cabo, fueron luego incorporados al procedimiento judicial mediante resolución habilitante. Tiene razón el Fiscal cuando puntualiza que «esta afirmación no debiera convertirse en axioma. La designación de unos archivos bancarios en una demanda no justifica el ilícito acceso a los datos bancarios, y, desde luego, es un futurible aventurar que “el juez de primera instancia obtendría la acreditación documental plena de los extremos afirmados en dicha demanda y que el aquí acusado tenía derecho a obtener judicialmente”, pues, además de que en el momento que obtuvo los datos, que es el que ha de juzgarse, no contaba con permiso alguno, tampoco existe una certeza absoluta de que el Órgano judicial lo autorice pues, del mismo modo cabe la posibilidad de que lo deniegue. Para el Fiscal, el argumento de que el acceso a determinados datos no es punible porque posteriormente se van a obtener judicialmente conduce, sin duda, a escenarios no deseados».

Por consiguiente, la Sala concluye que Ceferino colmó las exigencias típicas del artículo 197.2 del CP. [...] Con su conducta ocasionó un perjuicio a su titular, que no tiene por qué identificarse con un perjuicio económico. En efecto, esta Sala ha declarado, en relación con el perjuicio derivado del apoderamiento de datos sensibles integrados en el núcleo duro de la intimidad (art. 197.4 CP) que el perjuicio típico aparece ínsito en la conducta de acceso (cfr. SSTS 178/2021, 1 de marzo y 250/2021, 17 de marzo). Pero en el presente caso, el perjuicio fluye del propio hecho probado, en el que se describe una relación conyugal de cuyo deterioro es la mejor muestra la existencia de un procedimiento judicial para reclamar las cantidades derivadas de los regalos de la lista de bodas. Entender que el apoderamiento de esos datos no ofreció

un beneficio estratégico para el acusado, con el correlativo perjuicio para Marisol, supondría prescindir de la finalidad que motivó la fraudulenta obtención de los movimientos bancarios.

(STS 112/2023, de 20 febrero).

## ARTÍCULO 235 CP

***Hurto agravado por utilizar a menores de 16 años.*** Cuando la edad del menor utilizado en la sustracción sea inferior a 14 años en todo caso se entenderá que es instrumento en la comisión del hurto y será de aplicación la agravación y cuando el menor sea de edad superior a 14 años y 16, en función de la prueba, se determinará si en la realización del hecho medió acuerdo entre el mayor de edad y el menor, o si el mayor se sirvió del menor como un instrumento, aplicándose en el primer caso al menor la LO 5/2000 y no la agravación al mayor de edad.

El hurto agravado que contempla el artículo 235.1.8.º CP, fue producto de la reforma que tuvo lugar en el CP mediante LO 5/2010, de 22 de junio, introducido entonces en el numeral 5.º, si bien cuando para la comisión del delito se utilizasen menores de 14 años, edad de los menores que se eleva a los 16 años y se desplaza la agravación al numeral 8.º, lo que ha generado problemas de interpretación, que la doctrina ha puesto en relación con la responsabilidad penal de los mayores 14 años y menores de 16, por el juego de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, conforme a la cual el mayor de 14 años ya deja de ser inimputable y responderá penalmente por su conducta, con lo que, al ser así, en caso de la perpetración del hurto de un menor de esta edad, con un mayor, mediando un acuerdo consciente y voluntario, el tratamiento habrá de ser enfocado como un caso de autoría o participación, con desplazamiento del tipo agravado y que cada cual responda por su hecho propio. En definitiva, es la solución que aporta la jurisprudencia más arriba citada en relación con la aplicación del tipo agravado del artículo 370.1 CP para los delitos contra la salud pública, y que, reiteramos, es la hipótesis que se plantea en el recurso.

En el caso de los menores que no superan los 14 años de edad el conflicto interpretativo no se presenta, porque, por su inimputabilidad, pasan a convertirlos a modo de en un instrumento del mayor, y, en principio, no habrá problemas para acudir al hurto agravado del artículo 235.1.8.º CP. Estaríamos ante un supuesto de autoría mediata por parte del mayor. Así, con anterioridad a la reforma de 2015 no habría problema porque la agravación iba referida al menor de 14 años.

Frente a las anteriores hipótesis, en principio, más diáfanos, no significa que en los casos de mayores de 14 a 16 años, quepa acudir al mismo tipo agravado del artículo 235.1.8.º, en la medida que tal edad no es incompatible con que el mismo pueda ser utilizado como un instrumento del proyecto delictivo del mayor y actúe al margen de cualquier prestación de consentimiento con él. Es cierto que, tras la reforma de 2015, el mayor de 14 años y menor de 16 puede incurrir en responsabilidad penal propia, pero, sin embargo, no implica que, necesariamente, haya que derivar la cuestión a supuestos de coautoría o participación delictiva, sino que cabrá acudir al tipo agravado, si se vale de él el mayor como instrumento.

Al final será el resultado de la prueba practicada lo que determine si en la realización del hecho medió ese acuerdo entre ambos, o si el mayor se sirvió del menor como un instrumento, lo que deriva el problema a otro plano, en la medida que el enjuiciamiento de ambos no será viable en un mismo procedimiento, el uno sujeto al de la LO 5/2000 y el otro a los trámites de la LECrim, con los problemas que, por ruptura de la continencia de la causa, ello conlleva.

(STS 805/2023, de 26 octubre).

## ARTÍCULO 250 CP

***Estafa procesal: recoger como hecho probado que los acusados presentaron rendiciones de cuentas en procedimiento de tutela en las que se incluían datos que no se correspondían con la realidad sin una mayor precisión, no equivale a la acción de manipulación de pruebas que exige el tipo penal.***

[...] Los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial, y que hizo suyos el Tribunal Superior, no permiten identificar los elementos reclamados por el tipo de estafa procesal.

Debe recordarse que el tipo no protege al tercero frente a una demanda o contra una pretensión con causa material injusta o ficticia, sino contra el uso fraudulento de los resortes instrumentales que acompañan a la acción provocando que la decisión judicial sea consecuencia de aquella. El fin de protección de la norma penal es la adecuación del proceso decisorial a los valores del proceso justo que excluyen trampas y maquinaciones procesales o procedimentales, como garantías institucionales del rol de la adjudicación judicial.

El tipo identifica esos mecanismos prohibidos con expresa referencia a la manipulación de las pruebas u otros artificios procesales de análogo desvalor y alcance. En estos casos, la conducta penalmente relevante radicaría en sustentar la acción o la pretensión deducida sobre elementos de prueba manipulados. Por contra, la alegación de hechos inconsistentes o inciertos en la demanda o en la solicitud dirigida al tribunal o la no aportación o proposición de determinados medios de prueba caen fuera del espacio típico de la estafa procesal.

Lo que se prohíbe es que quien ejercita judicialmente una acción o formula una pretensión engañe al tribunal aportando medios de prueba falseados u ocultando datos de localización de la parte que pueda verse afectada para impedir que pueda desarrollar una estrategia de defensa u oposición a lo pretendido.

En lógica consecuencia, el tipo excluye de forma explícita del espacio de protección a las alegaciones falsas o inveraces que fundan lo que se pretende.

Extenderlo a estas colisionaría muchas veces con los propios presupuestos dispositivos del proceso civil y podría llevar a considerar que cuando se desestima una demanda por ausencia de fundamento fáctico o normativo de lo reclamado siempre habría habido un intento de engaño al tribunal penalmente relevante.

(STS 236/2023, de 30 marzo).

## ARTÍCULO 268 CP

***Excusa absolutoria por parentesco en delitos patrimoniales: no apreciable. Con la muerte del causante desaparece todo fundamento material de la excusa absolutoria por parentesco y la herencia yacente también merece protección penal, sin perjuicio de que, sin finalmente es aceptada por los herederos y estos son de cierto grado parental, pueda alegarse entonces, a través del recurso de revisión, la excusa de parentesco.***

El motivo se construye sobre un eje argumental: el dinero depositado en la cuenta bancaria era propiedad del hermano fallecido de la recurrente. Esta dispuso del depósito después del fallecimiento de su hermano, pero antes de que el hijo de aquel hubiera aceptado la herencia –en puridad, al tiempo de formalización del recurso, se afirma en el recurso, no consta que la haya aceptado–. Si este repudiara la herencia, sería la madre del causante la heredera o, en su caso, la propia recurrente. En consecuencia, mientras la herencia se encuentre yacente deben pervivir los efectos excluyentes de la responsabilidad penal previstos en el artículo 268 CP derivados de la relación mantenida con el causante.

2. El motivo no puede prosperar, si bien ofrece a este Tribunal la posibilidad de pronunciarnos sobre cuestiones que presentan perfiles novedosos y, en cierta medida, complejos sobre la interacción que puede darse entre el proceso de adquisición de la herencia y la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 CP.

[...] 4. El recurso sugiere dos cuestiones a despejar: una –que constituye el núcleo del gravamen revocatorio–, relativa a si la yacencia de la herencia mantiene una suerte de vínculo personal «*ultra vires*» entre el causante y el responsable de la conducta típica a los solos efectos de la excusa absolutoria; otra –sugerida indirectamente en el desarrollo argumental del motivo– si de darse las condiciones de aplicación de la excusa absolutoria en caso de aceptación por los llamados a la herencia, ello impediría la condena penal antes de que se determine quién será el heredero.

5. Respecto a la primera, la respuesta no ofrece ninguna duda: con la muerte del causante desaparece todo fundamento material de la excusa absolutoria con relación a conductas típicas ejecutadas después de que aquella se produzca. La excusa del artículo 268 CP, como esta Sala ha reiterado de manera inveterada, tiene un fundamento político-criminal por el que se considera conforme a valores ético-sociales compartidos que el Estado renuncie a la imposición de la pena respecto a determinadas conductas típicas que lesionan el patrimonio ajeno si entre el perjudicado y el autor se da alguna de las relaciones afectivas o parentales previstas en la norma. Se parte de la presunción de que, en estos casos, la respuesta reparatoria, restitutoria o indemnizatoria de naturaleza civil resulta suficiente para recomponer el conflicto afectivo-familiar, evitando, de este modo, que la sanción penal de la persona responsable añada un elemento de particular afflictividad que pueda agravarlo.

6. Como lógica consecuencia, para aplicar la excusa absolutoria debe identificarse, al tiempo de comisión, una relación parental o afectiva normativamente significativa entre la persona que sufre el daño patrimonial y quien lo irroga mediante una conducta típica.

Con la muerte, el causante transmite sus derechos y obligaciones patrimoniales a los llamados a sucederle. Nada más (ni menos). Como de manera gráfica se recoge en un brocardo del derecho germánico «el muerto hace heredar al vivo». Y es obvio que

lo que los vivos hagan desde ese momento con el patrimonio hereditario en nada ya puede afectar al causante. Por ello carece de todo sentido la pretendida aplicación de la cláusula de no punibilidad del artículo 268 CP a quien lesiona dicho patrimonio.

[...] 8. La herencia yacente, por tanto, ostenta un interés de conservación jurídicamente protegido, sin que resulte condición «*sine qua non*» para brindar dicha protección la existencia de un derecho actual e inmediatamente atribuido a una persona física o jurídica determinada. Ello se traduce en que la lesión patrimonial de la herencia yacente, mediante una acción constitutiva de delito, debe considerarse penalmente relevante. Se lesiona la propiedad, como bien jurídico protegido, aunque no se conozca todavía quién es su titular.

Ninguno de los tipos penales de protección exigen que, al tiempo de la lesión, el patrimonio hereditario haya sido adquirido por alguno de los llamados a suceder desde la muerte del causante –en este punto, resulta de interés hacer referencia a la regulación del Código Penal de 1973, que extendía, mediante una singular fórmula normativa, la excusa absoluta prevista en el artículo 564 CP al «consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona». Regla que permitía, de contrario, concluir que fuera de ese supuesto excepcional no había óbice alguno de punibilidad cuando la conducta típica afectara al patrimonio yacente–.

9. Como anticipábamos, la segunda cuestión sugerida en el recurso es si la expectativa de aceptación de la herencia por parte de aquellos titulares del «*ius delationis*» respecto de los que se activaría inexorablemente la entrada en juego de la excusa absoluta ya es suficiente para aplicarla –recuérdese que el artículo 989 CC previene que «los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se hereda».

10. La respuesta debe ser también negativa. La aplicación de la excusa del artículo 268 CP en atención a las expectativas que pueden derivarse de la aceptación futura de la herencia por parte de los herederos no respondería al fundamento material al que antes nos referíamos. Y ello por una razón esencial: si la herencia no se acepta es evidente que no se produciría la lesión patrimonial del perjudicado que, enmarcada en la intensa relación personal con el autor de la conducta típica, justifica desplazar la imposición de la pena que correspondería si el infractor fuera un tercero.

Ello se traduce en que mientras se mantenga la situación de yacencia del patrimonio hereditario, los fines de protección a los que sirve prestan cobertura material para el castigo de quien los lesiona mediante acciones constitutivas de delito.

11. Lo anterior no es óbice para que, si después de la firmeza de la sentencia condenatoria se aceptara la herencia por un heredero que de haberla aceptado antes se hubieran dado las condiciones de aplicación de la excusa del artículo 268 CP, se inste la vía de la revisión fundada en el causal del artículo 954 1.d) LECrim. En efecto, si la aceptación hace que el heredero sea titular del patrimonio hereditario desde la muerte del causante –arts. 657 y 989, ambos, CC–, también desde esa fecha deberá ser tenido como perjudicado por los delitos que recayeron sobre dicho patrimonio. En lógica consecuencia, la aceptación ha de calificarse como un «hecho» de conocimiento sobrevenido que, de haberse conocido al tiempo del juicio, hubiera determinado la absolución de la persona condenada.

12. En el caso, es cierto que la sentencia recurrida no precisa si el hijo del fallecido –llamado legalmente *ex* artículo 930 CC a sucederle con exclusión de otros posibles sucesores–, había sido declarado heredero *ab intestato* –condición para aceptar *ex* artículo 991 CC– y, en consecuencia, si había aceptado, al tiempo de interponer la querrela, la herencia de su padre.

13. Pero la duda de titularidad que, en efecto, no despeja la sentencia recurrida no impide, como apuntábamos, la condena de la recurrente por la conducta de apro-

piación, en su modalidad de distracción, que se declara probada recaída sobre bienes de la herencia yacente.

(STS 885/2023, de 29 noviembre).

## ARTÍCULO 326 CP

### ***Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: emisiones, vertidos, depósitos que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: carácter clandestino.***

No negamos que el referido artículo 326 a) dé pie a una interpretación como la realizada por el tribunal provincial, pero entendemos que cabe otra, en esa línea restrictiva [...], y que, en el caso, nos lleva a considerar la invasión, no como un algo distinto e independiente de la explotación minera, sino como un exceso más de todos cuantos incurrió la promotora, unos cualitativos, mediante la agresión a los recursos naturales, y otros cuantitativos, en cuanto que se expandió por unos terrenos para los que no tenía autorización, al igual que no la tenía para la agresión al medio ambiente, y todo ello a partir de unas autorizaciones que sí obtuvo, pero que, en su desarrollo, se extralimitó en todos sus aspectos, siempre con la misma finalidad lucrativa que guio todo el proceder del condenado.

Visto desde este punto de vista, no cabe hablar de la clandestinidad típica del artículo 326 a) CP, pues autorización administrativa para la explotación minera la había, y no se puede considerar que fuera una explotación distinta la que irregularmente se llevó a cabo en el término municipal de Cabrillanes, de la que la misma promotora también llevó en los terrenos invadidos de Villablino. Consideramos, por lo tanto, que no hay clandestinidad en los términos que precisa la agravación, la explotación estaba autorizada y hubo excesos cualitativos por falta de respeto a la normativa medioambiental, pero también cuantitativo por falta de respeto a los terrenos y su consiguiente invasión.

En este sentido, en STS 521/2015, de 13 de octubre de 2015, entendimos que no cabía apreciar la agravación en el caso de una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones, pero que se ha desviado de sus términos y de su ámbito. Decíamos así: «Dos tesis sobre lo que deba entenderse por actividad clandestina vienen contraponiéndose: la concepción jurídico formal y la material. Aquella ha de prevalecer, pero bien entendida, sin llegar a exageraciones o exacerbaciones que nublen el fundamento de la agravación que radica en la dificultad de control de actividades cuya existencia no consta a la Administración.

Una panorámica sobre los pronunciamientos que sobre ese particular ha ido produciendo esta Sala permite atisbar que no es este campo apto para la rigidez o un mecánico automatismo, impermeable a matizaciones. Ni la constatación del amparo de la actividad por una simple autorización del tipo que sea evita por sí sola la clandestinidad; ni –en el reverso– la vulneración de los términos de la autorización administrativa conduce inexorablemente al subtipo agravado».

En definitiva, si el fundamento de la agravación está en las dificultades de control que derivan de la inexistencia de autorización, tal circunstancia no se daba en el caso, porque autorizaciones, las había, y está en los excesos de su utilización la relevancia penal de la actividad enjuiciada.

(STS 297/2023, de 26 abril).

## ARTÍCULO 379.2 CP

***Delitos contra la seguridad vial: conducción con más de 0,60 mg de alcohol por litro de aire espirado. Debe admitirse el criterio de que es admisible el redondeo cuando se aplique el margen de error a la cifra detectada en el alcoholímetro y verificarlo hacia arriba o hacia abajo según resulte del tercer decimal.***

El juzgado de lo penal absolvió del delito por el que acusaba el Fiscal del artículo 379.2 CP por aplicar la tesis del «redondeo» que entendía que no conllevaba superar el alcance del 0,60 que exige el texto penal. Y, además, porque entiende que de la prueba practicada el conductor no tenía afectadas sus condiciones para conducir su vehículo de motor. Por ello, dicta sentencia absolutoria por entender que aplicando sus márgenes de error no se superan el 0,60.

Hay que admitir la tesis del juzgado de lo penal que apoya el recurrente. Y ello, porque acudiendo a la tipicidad y al principio del beneficio del reo en caso de duda hay que señalar que el artículo 379.2 CP señala que: En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. Pero para llegar a una solución condenatoria en el caso de que, aplicando el margen de error concreto al supuesto de hecho se llegue a tres decimales y la referencia esté por encima de 0,0450, ello nos lleva a redondear hacia arriba, no hacia abajo, lo que nos sitúa en 0,05 y, en consecuencia, sin que el resultado de aplicar el margen de error a 0,65 esté por encima de 0,60, ya que quedaría justo en 0,60 y se exige que sea superior a esta cifra para que «en todo caso» se dicte la condena. Por ello, el redondeo hay que hacerlo desde el tercer decimal que dé el resultante de aplicar el margen de error, para, de ahí, situarnos en la cifra numérica al segundo decimal, o si el tercer decimal con el cuarto no está en la mitad superior acudir a la cifra inmediatamente inferior del segundo decimal.

De esta manera, con 0,0451 con el margen de error nos iríamos al redondeo a 0,5 (redondeo hacia arriba) y con 0,0450 o 0,0449, nos iríamos a 0,4 (redondeo a la baja) y de esta manera, con detecciones de 0,65 en el primer caso y con el mismo margen de error aplicado al caso concreto del 7,5% nos quedaríamos en 0,60, aplicando el referido porcentaje de error y no sería delito y en el segundo caso nos quedaríamos en 0,61 y sí sería delito del artículo 379 CP.

Es cierto que el artículo 379.2 CP objetiviza la condena con las tasas que fija el precepto. Es decir, que aunque castiga como tipo básico al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, para lo cual se exige la prueba de los signos externos de afectación en la conducción, el legislador adicionó una objetivación en el delito que desconecta de la afectación del alcohol, porque la literalidad del precepto comienza con «en todo caso» será condenado, y fija dos circunstancias:

A.—El que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o B.— Con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

En estas dos circunstancias no se exige que, además, la conducción quede afectada por el consumo de alcohol. En modo alguno, ya que no podemos adicionar exigencias en el tipo penal que... no están en el mismo.

En base al principio de la tipicidad penal de un hecho para entender que está inmerso en el precepto concreto del texto penal es valorar si el hecho en concreto que

se declare probado puede subsumirse en el tipo penal, y en este caso hay que acudir tan solo a la segunda redacción del artículo 379.2 CP que objetiva la comisión del delito simplemente para cuando condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro.

Como señala la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial «La reforma del CP operada por LO 15/2007 introduce un nuevo tipo en el párrafo 2º inciso 2º del artículo 379 CP que, en esencia, recoge el criterio de la Instrucción 3/2006, al castigar de forma autónoma en todo caso [...] al que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

La incriminación aporta seguridad jurídica a los propios ciudadanos. Les permite conocer cuáles son las tasas con las que inciden en la norma penal sea cual fuere el territorio en que conduzcan. Ha propiciado un notable aumento del número de procedimientos de conformidad, dada la objetividad y claridad del supuesto típico.

La solución legislativa no es novedosa en el derecho comparado, donde es frecuente la configuración por estas razones de delitos objetivadores de la influencia del alcohol. Así, en Luxemburgo y Portugal la tasa típica es de 0'6 mg/litro de aire espirado, en Francia se reduce a 0'4 mg/litro de aire espirado y en Italia aún más a 0'25 mg/litro de aire espirado. En Alemania el tipo de influencia se complementa con la tasa jurisprudencialmente consolidada y vinculante para los Tribunales inferiores de 0'55 mg/litro.

El delito del artículo 379.2.inciso 2 CP funda su injusto en un juicio de peligrosidad del legislador, basado en los datos científicos apuntados. Es sin duda infracción penal de peligro abstracto con la consecuencia de que no es preciso probar la influencia en la conducción. Así se desprende de la expresión en todo caso, frente al tipo anterior subsistente en el art 379.2 inciso 1 CP, en que sí son necesarios otros medios de prueba. En definitiva, constatada la conducción con la tasa legal es innecesaria la concurrencia de maniobras irregulares o signos externos de embriaguez, aunque en la generalidad de los casos se detectarán.

La nueva formulación típica no implica la despenalización de las conducciones con tasas inferiores a 0'6 mg».

Sobre la objetivación del tipo penal señala la mejor doctrina que la tasa de alcohol en aire o sangre, al haber sido objetivada puniblemente en el artículo 379.2 inciso segundo del CP, en el delito que hemos dado en llamar conducción con tasa típica, ha adquirido carta de naturaleza de elemento del tipo más que de medio probatorio, debido al empleo de la expresión «en todo caso».

Así, superada la tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro hay delito del artículo 379.2 CP y no solo infracción administrativa y dado que hay que hacer dos pruebas de alcoholemia en el caso de que se obtengan en ambas pruebas resultados dispares, lo que es bastante probable, conforme a lo expuesto sobre la curva de Widmark, debe tomarse en consideración el resultado más bajo de los dos obtenidos, conforme al principio *in dubio pro reo*.

Señala a tal efecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 436/2017 de 15 Jun. 2017, Rec. 2122/2016 que: «La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de seguridad vial alteró, en efecto, la morfología de este delito que pasó al apartado segundo del artículo 379 CP incorporando una variante: Con las mismas penas (las señaladas en el apartado primero) será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas

el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

El Preámbulo de la referida Ley Orgánica proclamaba: «el contenido básico (de la reforma) persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión [...] de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración (peligrosos). A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás.

De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta segunda conducta es considerada como accesorio de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado *ex ante* por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad *in casu* para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora.

De forma oblicua, mediante un mero *obiter dictum*, esta Sala ha reconocido la naturaleza objetivada del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP en la STS 706/2012, de 24 de septiembre. Al analizar un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, se apostilla «que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del artículo 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0,60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del artículo 379, si se demuestra la repercusión en la conducción».

Así, es cierto que el artículo 379.2 CP objetiviza la condena con las tasas que fija el precepto y sin mayores exigencias probatorias.

Se recuerda, también, que los etilómetros se encuentran regulados en la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, por la que se regula el control metrológico del Estado de determinados instrumentos de medida donde el Anexo XIII lleva por rúbrica «Instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado» y en el Apéndice III trata del Procedimiento técnico de ensayos para la verificación después de reparación o modificación de etilómetros y el Apéndice IV del Procedimiento técnico de ensayos para la verificación periódica de etilómetros donde se recoge en el punto 4 los errores máximos permitidos y repetibilidad.

Los errores máximos tolerados son los establecidos en la Recomendación OIML R 126, en vigor, para instrumentos en servicio donde en el punto núm. 5 se refieren a los requisitos metrológicos y los errores máximos permitidos (MPE) según se trate de errores máximos permitidos para la aprobación de tipo y verificación inicial y verificación después de reparación, o errores máximos permitidos para alcoholímetros en operación. Esta Recomendación se aplica a los alcoholímetros cuantitativos que muestran el resultado de la medición de la concentración de alcohol en el aire espi-

rado con el propósito de establecer el cumplimiento con las políticas nacionales de lucha contra el abuso del alcohol.

En este caso el hecho probado describe que Las pruebas se realizaron con un etilómetro evidencial marca Dräger modelo Alcotest 7110 MK-III E, con número de serie ARXE-0026 y calibración válida hasta el 21/7/2021, a las 01.24 y 01,42 horas, y arrojaron, respectivamente, un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado.

El criterio de la sentencia recurrida de la AP huye de redondeos y considera que «se tiene que tomar en consideración un margen de error del 7,5%, que en el caso que nos ocupa es de 0,04875 mg de alcohol por litro de aire aspirado. Deducido el importe que comprende el margen de error de referencia, el resultado final se sitúa en 0,60125 miligramos de alcohol por litro de aire aspirado, superior a la cifra de 0,6 miligramos que establece el artículo 379.2 del Código penal como frontera mínima de la punibilidad.

En cualquier caso, como se ha expuesto antes la práctica del «redondeo» es técnica utilizada y a utilizar en estos casos y aplicable en beneficio del reo, porque esta técnica se utiliza en otros sistemas como ocurre con el redondeo en euros cuando concurre tercer decimal. Hay que recordar que el redondeo es una práctica común en las operaciones matemáticas y financieras que consiste en aproximar el resultado de una operación a un valor determinado. En el caso de la contabilidad y las finanzas, el redondeo se utiliza para simplificar cálculos y para ajustar los valores a las normativas contables y fiscales. El redondeo se realiza en función del número de decimales a los que se quiere aproximar el valor. El redondeo es, así, una técnica aritmética para encontrar una aproximación de un número preciso. Los números decimales se redondean a un lugar decimal específico para que sean fáciles de entender y manejables, en lugar de tener una larga cadena de lugares decimales.

Con ello, en el caso que nos ocupa el recurrente considera que: «El tipo penal exige que el resultado arrojado por el acusado debe superar los 0,60 mg/l. Así, el tipo penal limita su atención a los únicos dos primeros decimales del resultado obtenido, 0,60 mg/l. Si aplicamos el margen de error al resultado del etilómetro, en modo alguno discutido, la cifra que debe ser valorada a los efectos de aplicar el tipo penal (habida cuenta que la sintomatología descarta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) es la de exactamente 0,60 mg/l. Es decir, no una cifra superior a dicho resultado, que sería la tendría relevancia penal».

Considera que el tipo penal sólo recoge dos decimales, y no tres y que, por ello, el resultado final que afirma la sentencia de 0,60125 no está por encima de 0,60 si lo situamos en dos decimales.

Hay que tener en cuenta que el resultado objetivo que se fija en los hechos probados fija un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado; es decir, que después de las dos pruebas realizadas en la prueba de alcoholemia el condenado dio como resultado una prueba final que en ambas mediciones superó el mínimo permitido.

La cuestión es que se recurre a lo que se denomina el «margen de error» y la consideración acerca de si operan dos decimales o tres.

Tomando en cuenta lo anterior, lo que ha sucedido es que el Juzgado de lo Penal ha aplicado el redondeo a la cifra final resultante de restar a la medición efectuada por la Policía Local (0,65) el margen de error del alcoholímetro (0,04875). La operación aritmética es  $0,65 - 0,04875 = 0,60125$ , cifra que redondeada se queda en 0,60, y, por consiguiente, conduce a la absolución.

En cambio, la Audiencia Provincial prescinde del redondeo, estima que un índice de 0,60125 es superior a 0,60, marcado por el tipo penal, revoca la decisión absoluta de primera instancia y condena.

Entendemos, por nuestra parte, como se expone, que debe admitirse el criterio de que es admisible el redondeo cuando se aplique el margen de error a la cifra detectada en el alcoholímetro conforme ya se ha explicado y verificarlo hacia arriba o hacia abajo según resulte del tercer decimal. Por ello, aplicando el margen de error y el necesario redondeo nos daría 0,60 mgr/l alcohol que «no supera» lo establecido en ese inciso segundo del párrafo segundo. Y el redondeo se hace siempre en cualquier típico de cálculo matemático (por ejemplo, la conversión de pesetas a euros) hacia la cifra principal más cercana, en este caso el 0,05 sin que puedan computarse en contra del reo más decimales añadidos (el 7,5% de 0,65 en realidad es 0,04875) a los dos que resultan en este caso cuando el Código Penal sólo fija dos decimales en la descripción típica, es decir, que la tasa de alcohol sea superior a 0,60 mgr/l y no a 0,602, por ejemplo. Un concepto relacionado con el redondeo es el truncamiento, que pertenece al análisis numérico (un subcampo matemático) y se refiere a la técnica utilizada para reducir la cantidad de dígitos decimales, o sea, aquellos que se encuentran a la derecha del separador, que es lo que en este caso procede para resolver este problema.

En el artículo 379.2 inciso segundo del CP se hace referencia a que la tasa de alcohol en aire espirado sea superior a 0,60 mg/l o una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro. Es decir, es delito en el momento en que la tasa de alcohol en aire espirado sea superior a 0,60 mg/l.

Hay que entender que el derecho del reo a no hacer valer más de dos decimales como traslación del «*in dubio pro reo*», debe admitirse en caso de duda, y sobre todo cuando el texto penal cifra dos decimales y que en los casos de cifras derivadas del margen de error que arrojen tres decimales debe acudir al redondeo para situarlo hacia arriba o hacia abajo según la aproximación del tercer decimal que nos lleve a subir a 0,05 o a situarlo en 0,04 para, de ahí, aplicarlo a la tasa de 0,65 que en este caso resultó, que es, con las aplicaciones de los márgenes de error, donde surge la duda en los casos en que, como en el supuesto presente se ha planteado, fijándose, en consecuencia, criterio en favor del reo. Todo ello, claro está, salvo que se aprecien signos externos determinantes de la alcoholemia, ya que esta vía del artículo 379.2 *in fine* CP siempre es subsidiaria de la percepción de la conducción con síntomas de conducir bajo la influencia del alcohol, y, por ello, creando el estado de riesgo en la circulación que es lo que configura el tipo penal, y en cuyo caso la condena vendría por la probanza de la afectación en la conducción del consumo de alcohol sin necesidad de aplicar el criterio objetivo del artículo 379.2 *in fine* CP.

(STS 788/2023, de 25 octubre).

## ARTÍCULO 384 CP

***Conducción sin haber obtenido permiso de conducir: están excluidos del delito quienes posean un permiso de conducir extranjero, tanto los correspondientes a otros países de la Unión Europea, pero que no alcanzan validez en España, como los permisos de países no comunitarios o un permiso internacional***

El artículo 15.1 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, dispone que «los permisos de conducción expedidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o en Estados Parte del

Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con arreglo a la normativa comunitaria mantendrán su validez en España, en las condiciones en que hubieran sido expedidos en su lugar de origen, con la salvedad de que la edad requerida para la conducción corresponderá a la exigida para obtener el permiso español equivalente».

– La jurisprudencia consolidada de esta Sala Segunda (entre otras, SSTs 472/2015, de 9 de julio; 335/2016, de 21 de abril; 583/2020, de 5 de noviembre; y 593/2020, de 11 de noviembre), ha mantenido que la tipicidad del último inciso del artículo 384.2 –conducir sin haber obtenido nunca el permiso o licencia– exige que el autor jamás haya obtenido permiso de conducir. Por eso ha de expulsarse del radio de acción del precepto a quien posee permiso extranjero; tanto aquellos correspondientes a otros países de la Unión Europea, pero que no alcanzan validez en España (art. 24 del Reglamento General de Conductores), como permisos de países no comunitarios (art. 30) o un permiso internacional. Esta tesis se sustenta sobre tres argumentos:

a) Un argumento gramatical: el artículo 384 CP habla de la obtención, no de la validez en nuestro derecho, del permiso con el que se conduce. No se distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional. La expresión «nunca» es concluyente.

b) El examen de la tramitación parlamentaria refuerza esta interpretación. La redacción final del nuevo tipo penal tiene su origen en una enmienda en la que expresamente se aludía a no «haber obtenido nunca un permiso o licencia de conducción, expedido por autoridad pública de cualquier país».

c) Una interpretación teleológica abunda en esa exégesis. El tipo obedece a la idea de preservar el bien jurídico protegido, la seguridad vial, frente a todos aquellos que se aventuran a pilotar un vehículo de motor sin haber obtenido un permiso, precisamente por el plus de peligrosidad que entraña para el resto de los usuarios de las vías públicas la conducción de vehículos por quienes no hayan acreditado una mínima aptitud para su manejo. Se protege, así pues, no tanto el control por parte de la Administración Española de las habilitaciones para conducir, como el bien jurídico «seguridad vial» que sólo se puede presumir puesto en peligro cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad. Que haya quedado habilitado en otro país cuando tal habilitación es susceptible de ser reconocida por el Estado Español hace decaer la presunción legal de peligro. (STS 32/2018, de 22-1).

En la STS 1032/2013 de 30 de diciembre, se afirma que «...conducir un vehículo a motor con una licencia de conducción no homologada en España o caducada constituye una infracción administrativa grave, pero no un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 del CP. Por tanto, la presentación de documentación que no se conoció en el juicio y que acredita la previa obtención de una licencia para conducir vehículos de motor en un país extranjero, supone la aportación de datos nuevos que podrían acreditar la inocencia del condenado y permiten abrir el cauce del artículo 954.4 de la LECrim (vid. sentencias 977/2010, de 8 de noviembre o 982/2010, de 5 de noviembre).

[...]En definitiva, conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin permiso de conducir, aunque no lo tuviera homologado en España en el momento de la condena, sería, en todo caso, una falta administrativa grave, pero no un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 CP (STS 38/2016, de 2-2).

Por tanto, la presentación de documentación que no se conoció en juicio por haber extraviado el penado Victoriano el permiso de conducir expedido por el Reino de Bélgica y que acreditaba que estaba en posesión en la fecha de los hechos de un

permiso de conducir, supone la aportación de dato nuevo acreditativo de su inocencia y que ha de llevar a la revisión de la sentencia y su anulación.

(STS 14/2023, de 19 enero).

## ARTÍCULO 404 CP

***Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos: autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo. Comisión por omisión. Cooperación necesaria inexistente: no puede dictarse una condena por delito de prevaricación cometido por particular en delito cometido por autoridad o funcionario público con la escueta mención que consta en los hechos probados de que era él quien mantuvo las relaciones con el Ayuntamiento con relación a las obras.***

Hay que señalar que en los casos de condenas en comisión por omisión, como apunta la mejor doctrina, si lo que se pretende es igualar una acción a una omisión, lo primero en lo que deberemos fijarnos es en la consecuencia de la inhibición, en sus efectos, porque sólo evaluando estos estaremos en condiciones de determinar si una actuación administrativa hubiese podido impedirlos; precisamente ahí radica la esencia de la comisión por omisión: en saber si el despliegue de una determinada actividad, que el sujeto activo debería haber asumido en base a su posición de garante, hubiera podido impedir un determinado resultado.

El recurrente estaba en una posición idónea para rectificar la mala praxis que se estaba llevando a cabo y con su colaboración, pero no actuó para evitarlo pudiendo hacerlo y exigiéndosele un deber de actuar como máximo responsable del consistorio. No se trató de algo que estaba oculto a los ojos del mandatario municipal, sino que se conocía, hubo reparos, se debatió sobre ello y se consintió a sabiendas de una ilegalidad que era patente y notoria, así como notable. Hay que recordar en este contexto que el art.11. 1 CP establece que «Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar».

Así, en el delito de prevaricación omisiva consideramos el resultado de la forma indicada, observando primero la consecuencia o efecto y luego la resolución administrativa que hubiera podido evitarlo, como un todo que integra el resultado delictivo. En este caso la mayoría doctrinal y la propia jurisprudencia de esta Sala no tenemos ninguna dificultad para aplicar la cláusula general que contiene el artículo 11 del CP, porque, en efecto, lo que habrá es que dilucidar si la no evitación del resultado equivale a su causación y en el presente caso resulta evidente que al no evitar el resultado de impedir continuar con el troceamiento de facturas y la ejecución de obra sin adjudicación alguna en concurso público se dio lugar al resultado.

A todo esto se añade la referencia al Pleno no Jurisdiccional de Sala del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, donde este Pleno se decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión, especialmente tras la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento

Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa.

Señala la mejor doctrina en esta línea que a esta postura a favor de considerar la comisión por omisión en los delitos de prevaricación en supuestos excepcionales –con cita de las SSTTS de 17 de julio de 2012, 16 de abril de 2002, 18 de marzo de 2000, 9 de junio de 1998 y 2 de julio de 1997, todas posteriores al Pleno– se refiere la STS de 23 de octubre de 2013, concretamente a aquellos casos especiales en que es imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la LRJ-PAC «equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas».

[...] c.– Doctrina del Tribunal Supremo que avala la comisión por omisión en la prevaricación administrativa.

Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo 25/2015 de 3 Feb. 2015, Rec. 10239/2014 que:

«La comisión por omisión requiere (STS de fecha 2 de julio de 2009, entre otras muchas), de unos presupuestos:

«a) un presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico, al no evitar su producción. b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión en la producción del resultado o bien de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito, que es lo que se denomina encontrarse en la posición de garante.

Así pues, la posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, y en este caso ello era concurrente, y, pese a ello, no actuó y se negó a impedir lo que estaba pasando. Por ello, todo el proceso ocurre con su actuación colaborativa y responsable en el terreno del derecho penal en la forma objeto de condena de la comisión por omisión, no siendo admisible la permisividad y consentimiento colaboracional de un alcalde en el proceso de no sacar a licitación obras que deben serlo según la normativa administrativa.

En el motivo 4.º se sostiene que no puede ser autor del artículo 28 en relación del artículo 11 CP porque no ocupaba la posición de garante porque no existía la obligación de actuar porque, en todo caso, había delegado las funciones en esta materia y porque no existe una obligación especial prevista en la ley Desarrollo.

Resulta evidente la posición de garante del recurrente por su condición de alcalde y conocedor de lo que estaba pasando, facilitándolo todo con su comisión por omisión. Era quien podría haber impedido lo que ocurrió y, sin embargo, no lo hizo. [...] Recuerda el tribunal en este caso que:

Considerada la prevaricación como delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción u omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiéndose su comportamiento en expresión de su libre voluntad, y por tanto en arbitrariedad.

Es cierto que no toda omisión puede constituir el comportamiento típico de un delito de prevaricación, porque no cualquier omisión de la autoridad o funcionario puede considerarse equivalente al dictado de una resolución. La posibilidad de prevaricación omisiva concurre en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se vea impelida al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación de la petición, o bien porque exista una norma que de forma imperativa imponga

la adopción de una resolución, y la Administración haya realizado alguna actuación tras la cual sea legalmente preciso dictar dicha resolución, de manera que la omisión de la misma equivalga a una resolución denegatoria, implicando de alguna manera un reconocimiento o denegación de derechos (ver STS 771/2015, de 2 de diciembre).

Es evidente la arbitrariedad de la actuación del recurrente, porque en casos semejantes ya hemos reflejado que se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria, cuando omitir las exigencias procedimentales, suponga principalmente, la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujete a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución. Y si omite el impedir la irregularidad supone colaborar con ella cuando resulta palmario su conocimiento como en este caso se declara probado.

[...] También en la sentencia del Tribunal Supremo 82/2017 de 13 Feb. 2017, Rec. 729/2016 hemos señalado que:

La doctrina de esta Sala ha admitido la posibilidad de cometer el delito de prevaricación por omisión en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución (Acuerdo del Pleno de esta Sala de 30 de junio de 1997 y STS 784/1997, de 2 de julio, Alcalde que no convoca un Pleno para resolver una moción de censura, STS de 9 de junio de 1998, Alcalde que por enemistad con un vecino se niega a darle un certificado de empadronamiento, STS núm. 190/1999, de 12 de febrero, STS núm. 965/1999, de 14 de junio, STS núm. 426/2000 de 18 de marzo, STS 647/2002, de 16 de abril, STS 1382/2002, de 17 de julio, Alcalde que se niega a convocar una comisión de investigación en el Ayuntamiento y a facilitar datos a un Concejal, STS 787/2013, de 23 de octubre, STS 771/2015, de 2 de diciembre, etc.).

[...] No hay pues, inconveniente alguna en admitir la forma de la comisión por omisión en estos casos, porque, como apunta la mejor doctrina, además de estar ante un delito de resultado, no debe hacerse una interpretación gramatical férrea del término «dictare», sino que la norma que tipifica este delito debe interpretarse sistemáticamente, esto es, en armonía con las demás normas que regulan prevaricaciones, como la judicial (donde no es posible abstenerse de dictar resolución), y en armonía también con la normación administrativa sobre el particular (silencio administrativo), de suerte que «puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado (“resolución”) la aparición de éste cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedir la cumpliendo su deber jurídico de actuar».

[...] No puede admitirse que los hechos probados se refieren o constituyen una práctica de la Administración, si se quiere irregular desde el punto de vista administrativo y sometida a la jurisdicción contencioso administrativa. En modo alguno es así. Ya se ha expuesto la existencia de una actuación grosera consistente en adjudicaciones de contratos sin exigencia de un procedimiento público de adjudicación. Ello no puede consistir en una mera ilegalidad administrativa, sino que traspaasa de la infracción administrativa para entrar en el terreno del derecho penal. Y tampoco se trata de que cuando se aplica el derecho penal en lugar del administrativo llegue consigo una especie de exigencia de que se aplique el principio de intervención mínima del derecho penal.

[...] No es la gravedad o levedad de la conducta, o la gravedad o levedad de la sanción penal el parámetro a tener en cuenta, sino que es un principio que se dirige, por un lado, al legislador para que pueda despenalizar conductas por no ser la vía

penal la apropiada para anudar sanciones a determinadas conductas que tienen mejor acomodo en otros órdenes jurisdiccionales. Y, por otro lado, dirigido, eso sí, al juez o tribunal para aplicarlo si existen dudas de la concurrencia de los elementos del tipo penal y cuya valoración sea siempre interpretada en beneficio del reo.

[...] Por ello, si existe clara tipicidad penal, como en este caso concreto ocurre, no se trata de que se «opte» por otros órdenes jurisdiccionales porque la ilicitud sea menos gravosa, sino que en caso de dudas se opte por otras vías que también son sancionadoras al margen de la penal. Pero si hay clara tipicidad penal por concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal es inaplicable el principio de intervención mínima del derecho penal, porque no se trata, como decimos, de que el juez o tribunal tenga la capacidad de opción si hay tipicidad, sino que en caso de duda se opte por la vía no penal para remitirlo a otras sancionadoras distintas de la pena como respuesta.

[...] En los hechos probados núm. 4 y 5 de la sentencia lo que se hace constar respecto de la intervención del recurrente tanto en las obras del trinquete como de la casa consistorial es que: Las relaciones de la empresa Píaf S. L. con el Ayuntamiento en estas obras del Trinquete se gestionaron y materializaron a través de Luis. Y lo mismo en el núm. 5 respecto de la casa consistorial. Nada más.

[...] Hay que tener en cuenta que si enfocamos la queja casacional por la vía del «error iuris» la queja casacional debe prosperar, ya que la referencia que consta en los hechos probados no permite en modo alguno un proceso de subsunción de los hechos probados en el artículo 404 CP en cuanto a la intervención del particular en el tipo penal cometido por autoridad o funcionario público. [...] debe constar en los hechos probados la mención en el «*factum*» que permita después el proceso de subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena, que en este caso es de prevaricación, y, por ello, respecto del recurrente la participación del particular en el delito cometido por autoridad o funcionario público.

Pero lo que no se puede hacer es llevar este proceso al revés; es decir, fundamentar la condena en los fundamentos de derecho con omisión absoluta en el «*factum*» que permita habilitar el proceso de subsunción en el tipo penal objeto de condena.

[...] El Fiscal acude a un habilidoso y razonable argumento para reajustar los términos sentenciales, procediendo a la denominada «cointegración del *factum*» con afirmaciones inequívocamente fácticas contenidas en la fundamentación jurídica.

Somos conscientes que sobre este tema se han mantenido posturas diferentes, aunque va ganando predominio la que establece una tajante separación entre el contenido del *factum* y la fundamentación jurídica

[...] Por ello, no puede dictarse una condena por delito de prevaricación cometido por particular en delito cometido por autoridad o funcionario público con la escueta mención que consta en los hechos probados de que era él quien mantuvo las relaciones con el Ayuntamiento con relación a las obras. Es altamente insuficiente para en un Estado de derecho fundar una condena con esta redacción en el «*factum*» por un delito de prevaricación del que debe ser absuelto por ello.

(STS 493/2023, de 22 junio).

## ARTÍCULO 432 CP

***Malversación de caudales públicos: el nuevo texto de malversación por LO 14/2022 distingue la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas, ar-***

*título 432, el uso temporal de bienes públicos sin animus «rem sibi habendi» y con su posterior reintegro, artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación artículo 433; el ánimo de lucro se identifica con el animus «rem sibi habendi», que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.*

La primera objeción que realizan los recurrentes a que los hechos sean punibles bajo el tipo del artículo 432 CP deriva de entender que se ha producido una modificación esencial en la redacción del precepto, al sustituirse la acción delictiva desde el verbo «sustraer» al verbo «apropiarse», sin que el juicio histórico pueda integrar ese acto de apropiación que exige el tipo, ni desde la perspectiva del elemento objetivo del tipo ni de su elemento subjetivo.

Sin embargo, como expresa la Exposición de Motivos de la LO 14/2022, con la nueva redacción del delito de malversación, se opera «un regreso al modelo tradicional español»; es decir, al sistema vigente en el momento de autos (pues entre ambas normativas medió la reforma resultante de la LO 1/2015 en ningún momento aplicada en autos), modelo tradicional en cuya consecuencia resultan los recurrentes condenados; y el verbo que utilizaba el artículo 394 del CP TR/1973, así como el artículo 432 en la redacción inicial del CP 1995 y mantiene la reforma que surge con la LO 15/2003, vigente al momento de autos, efectivamente es sustraer, y la jurisprudencia de manera constante entendió el término sustraer como equivalente a «apropiación sin propósito de ulterior reintegro» (STS de 31 de enero de 1991, rec. 3908/1989) y reitera que por sustraer ha de entenderse en un sentido amplio, como separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos suyos o de otro, en apropiación definitiva, con deseo de no restituir (STS núm. 1288/1992, de 15 de abril); que la modalidad consistente en sustraer implica la apropiación de los bienes de que se trata, con carácter definitivo (STS núm. 3452/1994 [sic], de 30 de noviembre).

[...] Y así lo indica ya la STS 749/2022, de 13 de septiembre, que resuelve el recurso de casación contra la sentencia cuya revisión ahora se solicita, cuando precisa que según el Diccionario de la RAE el término «sustraer» que utiliza el precepto aplicado (432 CP derogado) no sólo es la acción de apropiación sino «apartar o separar», por lo que dentro de la acción de sustraer se inserta la acción de disponer de los bienes de forma definitiva. Es decir, en contra de la alegación de los recurrentes, el verbo descriptivo de la acción, sustraer, no tiene significado típico diverso de apropiarse en la conducta de malversación examinada.

[...] Relacionada directamente con la primera objeción, también cuestionan los recurrentes, la concurrencia del elemento subjetivo del nuevo tipo penal porque las modificaciones legislativas operadas y la nueva configuración de los delitos de malversación propugnan un entendimiento del elemento subjetivo el tipo del artículo 432 como una verdadera finalidad de lucro personal o de tercero y no como un *animus rem sibi habendi* en sentido amplio, en que cabría cualquier disposición a título de dueño. Entienden que el cambio terminológico y la tipificación autónoma del desvío presupuestario en el artículo 433 no se concilia con la interpretación extensiva del ánimo de lucro que venía asumiendo la jurisprudencia, pues en otro caso, su aplicación sería prácticamente invariable. Y de los hechos probados no se acredita el lucro personal ni de los acusados, ni de ningún tercero.

La normativa intermedia, consecuencia de la LO 1/2015, en la descripción de la conducta típica, efectivamente, no se recogía el ánimo de lucro, pero al margen de que

se entendía implícito, es patente que la aplicación de esta norma intermedia, no es más beneficiosa para los recurrentes, pues no recoge tipo alguno atenuando de mera desviación presupuestaria, mientras que cuando el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados, excede de 250.000 euros, en caso de continuidad, tiene un suelo de siete años de prisión.

Pero el cotejo que se insta es la redacción anterior a esa reforma de 2015, con la actual normativa resultado de la reforma operada por la LO 14/2002; y de las conclusiones del fundamento anterior, además del entendimiento de la equivalencia del verbo típico, sustraer y apropiarse, por una parte, sucede que el elemento subjetivo expresamente exigido antes y ahora, es el mismo: ánimo de lucro, de donde no cabe concluir diferencia alguna, como pretenden los recurrentes.

Ánimo de lucro presente en múltiples delitos patrimoniales, donde concorde doctrina y jurisprudencia, no se reduce al enriquecimiento propio.

Así, el ATS 20107/2023, de 13 de febrero, dictado en la CE 20907/2017, precisaba que el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento. Baste para respaldar esta idea la cita de la STS 1514/2003, de 17 de noviembre, en la que ya subrayábamos que «... la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos».

Efectivamente, el ánimo de lucro tal como se describe en la STS 506/2014 de 4 de junio, con cita de la 653/2013 [sic], de 15 de julio, que a su vez cita otras varias, se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, siendo suficiente que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio.

Explica también el referido ATS 20107/2023, que esta conducta típica ahora contenida en el artículo 433 es una copia literal del predemocrático artículo 397 del CP. La única diferencia radica en que, mientras que el Código Penal ya histórico castigaba esa conducta con las penas de multa e inhabilitación, ahora el delito puede castigarse, en su forma agravada, con una pena de prisión de 1 a 4 años cuando «...resultare daño o entorpecimiento graves al servicio público». El legislador ha entendido que, en supuestos de ausencia de ánimo de lucro, en los que el patrimonio público se vincula a una finalidad pública, eso sí, distinta de aquella a la que inicialmente estuviera destinado, la pena ha de atenuarse sensiblemente, hasta el punto de que, en aquellos casos en que no queda acreditado ese daño o entorpecimiento graves, las penas pueden limitarse a una multa e inhabilitación.

En cuya interpretación, la jurisprudencia de esta Sala, recuerda el referido ATS 20107/2023, venía siendo rigurosa frente a alegaciones defensivas que han pretendido la exoneración o la atenuación de las conductas imputadas por el hecho de que el destino de los fondos no era ajeno a un fin público.

[...] Es decir, el ánimo de lucro se exigía en el tipo de malversación vigente al momento de autos y es el afirmado y aplicado en la sentencia; y también se exige tras la reforma debida a la LO 14/2022; y la interpretación que de ese elemento subjetivo del injusto realiza la jurisprudencia de esta Sala, en modo alguno, impide la eventual aplicación del artículo 433 CP, que por expreso deseo del legislador, atiende de manera residual a sancionar conductas del nivel inferior, atípicas desde 1995, de «desvío presupuestario o gastos de difícil justificación», conforme indica el Preámbulo: [...] el texto distingue claramente entre tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras

personas (art. 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro (art. 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (art. 433).

Ello, en la consideración del texto normativo del artículo 433, como conducta típica diversa a la prevista en el artículo 432, en modo alguno como manifestación de modalidad atenuada del artículo 432; no rige espacialidad alguna; sino al contrario, una vez que los hechos son susceptibles de subsumirse en el artículo 432, no puede entrar en ponderación el artículo 433, pues exige específicamente la norma, que no estuviere comprendida esa conducta en los artículos anteriores, sanciona a la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores

De otra parte, tal entendimiento del ánimo de lucro, en modo alguno deja sin potencial aplicación el nuevo artículo 433; contamos con ejemplos de su aplicación, vigente el artículo 397 CP/TR 73 (que según la doctrina tiene su origen el Código Penal de 1848, probablemente por reflejo del artículo 217 del Código napolitano) con idéntica conducta tipificada, coexistiendo por tanto esta modalidad de malversación de desviación presupuestaria con el tipo básico de sustracción de caudales públicos (o consentir que otro los sustraiga) del art 394 de entonces [...].

Puntuales partidas, donde no resulta posible afirmar ajenidad al interés público, ni media desgajamiento o sustracción del patrimonio público, para ulteriormente disponer del mismo como propio. Ni, por tanto, de ánimo de lucro, en el puntual incumplimiento formal de la normativa administrativa en la ordenación del gasto.

[...] La reforma, tras el paréntesis que derivó de la modificación establecida por la LO 1/2015, atiende a mantener la continuidad con el modelo anterior, de modo que el Preámbulo de la LO 14/2022, explica que la nueva regulación, descansa en la distinción entre las conductas de apropiación o distracción de los fondos públicos hacia beneficios directos o indirectos de carácter privado, y de otra parte, los comportamientos que, sin comportar una apropiación definitiva o el uso temporal para fines privados, suponen una desviación de las finalidades legalmente establecidas. Es decir, la aplicación del artículo 433 se restringe a la mera desviación presupuestaria; de forma que la «aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado», debe compadecerse en todo caso, con una decisión en la que las cantidades presupuestadas para un fin se destinan a otro fin que debe ser siempre encajable en la ordinaria prestación de los servicios públicos y demás gastos que justifican la actividad administrativa; y por ello, no resulta de aplicación esta norma cuando el patrimonio público así dispuesto es «apoderado», «sustraído», por medio de procedimiento ilícito y entregado a quien en función de su exclusiva voluntad lo distribuye ya en privada consideración de ese patrimonio, como si fuera propio, de espaldas a cualquier criterio que justifique su disposición (asignación equitativa, eficiencia y economía, indica el artículo 31.2 CE), en beneficio de determinadas empresas, en el mejor de los casos por simple aleatoriedad; como tampoco puede aplicarse el artículo 433 cuando se destina a fines o intereses privados; ni lógicamente, cuando se destina a una finalidad delictiva ulterior, que por definición, nunca puede integrar previsión presupuestaria de ninguna entidad pública.

[...] todo ello, debe adicionarse que concurriendo ánimo de lucro y repartidos los fondos tras detraerlos de su destino por medio de procedimiento ilícito y entregado a quien en función de su exclusiva voluntad distribuye ese patrimonio, ya en privada consideración, como si fuera propio, en beneficio de determinadas empresas privadas, que en ocasiones, ni siquiera tuvieron que solicitar la ayuda, la conducta enjuiciada, igualmente se integra en el actual artículo 432, en cuyo caso, que se instrumente el apoderamiento a través de desviaciones presupuestarias, carece de relevancia alguna,

pues como expresamente recoge el propio 433, resultaría desplazado, de modo que sólo resulta aplicable a la autoridad o funcionario público que no estuviere comprendido en los artículos anteriores.

Concorde, además, con la circunstancia de que los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, los supuestos de administración desleal del patrimonio público no eran considerados delictivos. Así que mediando condena por malversación, en aplicación de la normativa anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, resultaría paradójico que se aplique la norma retroactivamente favorable, sancionando ahora con el artículo 433 CP, para hechos que en la época de la comisión eran impunes; lo que evidencia por otra parte, que la pretensión no resulta viable sin desconocer el contenido de la sentencia cuya revisión se insta, donde se describe pormenorizadamente, los mecanismos de desgajamiento, de apoderamiento, de sustracción de los caudales públicos, para su ulterior y libérrima disposición como si fuesen propios por parte de las autoridades y funcionarios acusados, comportándose como dueños de los mismos.

(STS 900/2023, de 30 noviembre).

## ARTÍCULOS 504 Y 510 CP

***Delitos contra las instituciones del estado: injurias al ejército o fuerzas de seguridad: mensaje en redes sociales en las que manifiesta su alegría por la muerte en servicio de dos agentes de la Guardia Civil. Las disculpas públicas solicitadas hacen que no revistan de la gravedad suficiente para tipificar penalmente su conducta. Delito de odio: expresiones vejatorias contra miembros de la Guardia Civil, institución que no posee las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación, este delito no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y grupos de ciudadanos.***

Castiga el artículo 504.2 CP a los que «Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad». Dado el tenor literal del precepto y su ubicación sistemática en el CP dentro del capítulo destinado a los delitos contra las instituciones del Estado, en el Título que dedica a los delitos contra la Constitución, el bien jurídico protegido trasciende del honor personal de quienes integran tales colectivos, por más que pueda verse tangencialmente afectado, para pasar a proteger el honor y prestigio de la institución en atención a la relevancia de las funciones que la misma tiene asignadas dentro del estado democrático.

Se configura como un delito público, al que el texto penal proporciona una protección reforzada respecto a aquellos comportamientos que afectan al honor de los particulares, orientada a salvaguardar la dignidad y prestigio de la institución en atención a las funciones que le corresponden en el marco constitucional, y que en lo que afectan a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, quedan descritas en el artículo 104 CE.

El bien jurídico en este delito no es el honor, cualidad que por su estrecha vinculación con la idea de dignidad humana solo puede predicarse de las personas físicas, sino el prestigio de las instituciones.

La referencia interpretativa hemos de encontrarla con la definición de injurias que proporciona el artículo 208 CP como «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

De ello hemos de colegir que la acción que tipifica el artículo 504.2 CP ha de tener un significado objetivamente ofensivo. En palabras que tomamos de la STS 344/2020 en relación al delito de injurias a particulares del artículo 208 CP «El delito de injurias se configura, así como la expresión de palabras o actos, por sí mismos lacerantes o afrentosos, dirigidos particularmente a deshonrar, desacreditar o menospreciar a otra persona».

Respecto al delito del artículo 504, interpretado en relación con los arts. 205, 206, 207 y 208 todos ellos del CP, señaló el ATS de 17 de enero de 2013 que las declaraciones que se refieran «a la actuación profesional de funcionarios policiales en el ejercicio de las funciones los límites permisibles para la crítica son más amplios porque están expuestos a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna. En un sistema inspirado en los valores democráticos la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo con relevancia pública (STC 29/2002, de 28-1; 151/2004, de 20-9, 174/2006, de 5-6; 77/2009, de 33-3 [sic]), aunque ello —obviamente— no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18.1 CE garantiza».

Recordaban las STC 177/2015 de 22 de julio y 112/2016 de 20 de junio, que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», ya que en nuestro sistema «no tiene cabida un modelo de democracia militante, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

Ahora bien, en palabras que tomamos de la STC 177/2015, de 2 de noviembre [sic], ya citada, «desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación».

Y añadía la misma STC 177/2015, «La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el artículo 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del artículo 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones

que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».

[...] Ciertamente se trata de un comentario que, dado su tenor y el contexto en el que el mismo se emite, no puede entenderse amparado en el derecho a la libertad de expresión. Un exabrupto torpe y grosero, no solo intelectualmente, sino incluso desde una perspectiva ética en cuanto exterioriza de desprecio hacia la vida humana. No olvidemos que los comentarios surgen como reacción a los mensajes de condolencia ante el fallecimiento de dos Guardias Civiles, abatidos a tiros cuando desempeñaban las funciones propias de su cargo en una zona rural de la provincia de Teruel. Un suceso que impactó en la conciencia colectiva en la que generó un sentimiento generalizado de dolor e indignación. Ahora bien, por más que sean comprensibles la molestia o la desazón que pueden producir ese tipo de manifestaciones, no por ello es posible reaccionar con el derecho penal.

En este caso compartimos la ponderación que a la hora de calibrar la gravedad o entidad ofensiva del mensaje reseñado realiza la sentencia recurrida y que condensa en el siguiente fragmento «ciertamente, su mensaje manifestando alegría ante el fallecimiento por disparos de dos Guardias Civiles en acto de servicio, considerando estas muertes como una buena noticia, no deja de ser vejatorio e insultante y una falta de consideración a la institución a la que pertenecían los agentes asesinados, sin embargo, el contenido objetivo de estos mensajes y las disculpas solicitadas en un tercero hacen que no revistan de la gravedad suficiente para tipificar penalmente su conducta».

[...] El juicio de subsunción que sobre este extremo contiene la sentencia impugnada en su fundamento cuarto, y que es el que ahora nos corresponde revisar, excluye la aplicación del reclamado artículo 510.1 CP, al entender que ni los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado en general, ni la Guardia Civil en particular, se encuentran entre los grupos vulnerables objeto de proyección por parte del mencionado precepto. En palabras que tomamos de la STS 488/2022, de 19 de mayo «Existe, pues, un discurso del odio no protegido, que desborda la tutela que dispensa el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Y así lo hemos proclamado en numerosos precedentes. [...] 3. Más allá del debate en torno a la potencialidad de los mensajes que el relato de hechos recoge para incitar al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia, o de su idoneidad para lesionar la dignidad por su componente humillante o despreciativo, cualquiera que sea la modalidad de las previstas en el artículo 510 CP cuya aplicación se reclame, lo cierto es que el precepto en todo caso extiende su ámbito de protección sobre los grupos que se detallan en el mismo, o las personas que pertenezcan a ellos. Colectivos necesitados de especial protección en cuanto sobre ellos se proyectan los vectores capaces de generar discriminación «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

La sentencia que se revisa entendió que por más amplio que se quiera interpretar el concepto de grupo protegido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no poseen las condiciones de vulnerabilidad previstas por razón del principio de igualdad y no discriminación. Este no está trazado en función de las instituciones y poderes del Estado, sino de los ciudadanos y grupos de ciudadanos, grupos que se identifican desde los principios del pluralismo político, ideológico y religioso.

Criterio que compartimos. Es preciso restringir el alcance del concepto a su núcleo originario: el combate contra la desigualdad para proteger a colectivos que puedan ser calificado de históricamente vulnerables en el marco de producción del

hecho, lo que no permite abarcar las instituciones del Estado, susceptibles de ser protegidas por otras vías.

El conocido como discurso del odio, inicialmente acuñado en relación al odio racial que se fundamentaba en la superioridad de unas razas sobre otras, ha ido evolucionando hacia otros frentes a partir de la detección de nuevos focos de discriminación, siempre en la orientación de garantizar la igualdad, lo que no implica necesariamente la ampliación del espectro penal. [...] De esta manera la tipificación del artículo 510 se construye sobre la necesidad de dotar de especial protección a grupos vulnerables ante formas de expresión que los denostan o los colocan en la diana de comportamientos violentos en función de patrones que singularizan a sus miembros, pero no cualquiera, sino los que el legislador ha marcado. Entendiendo vulnerabilidad como cualidad atribuible al grupo aglutinado en torno a uno de los factores de discriminación que se describen: la raza, la ideología, la religión, el género, el sexo, la orientación e identidad sexuales, el origen nacional, y la enfermedad o discapacidad, y como tal expuesto a ser vilipendiado por ello. Vectores que el legislador ha tomado en consideración para delimitar ámbitos necesitados de protección a fin de conformar un modelo social de tolerancia y convivencia pacífica e igualitaria. Grupos especialmente expuestos ante un discurso supremacista que ofende y humilla por los factores que el legislador ha definido como fuentes de discriminación. Cualidad que no puede predicarse de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, dotados de un código de actuación legalmente determinado, e insertados dentro del esquema organizativo del Estado democrático de derecho como instrumento a través del cual las Administraciones Públicas ejercen el monopolio de la coacción jurídica en aras al mantenimiento de la seguridad colectiva y la salvaguarda de los derechos y libertades individuales.

[...] La Guardia Civil como Institución queda fuera del marco de protección del artículo 510 CP, por más que los actos de hostigamiento o de humillación a los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a sus componentes, puedan obtener protección a través de otros preceptos del CP.

[...] no nos compete realizar un juicio moral sobre tal comportamiento, sino analizar eventual encaje de tales expresiones en el delito del artículo 504.2 CP por el que los recurrentes vienen condenados. Exégesis que hemos de acometer a partir de las pautas interpretativas a las que ya hemos hechos referencia, y en particular desde la consideración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como una institución pública.

Lo que realmente atribuye carácter aflictivo a los mensajes, son las groseras expresiones empleadas al referirse a quienes integran tal cuerpo policial, especialmente si entendemos que las reproducidas en el último fragmento del relato fáctico que hemos transcrito, son también atribuibles a Filomena (la redacción del texto permite albergar alguna duda al respecto). Sin embargo, analizadas objetivamente las mismas, carecen de envergadura ofensiva para comprometer la dignidad y el prestigio de un Cuerpo de Seguridad del Estado, llamado a desempeñar un relevante papel en la salvaguarda de los derechos fundamentales y las libertades públicas, o a debilitar la confianza que en el mismo tiene depositada la mayoría de los ciudadanos.

Los mensajes analizados no pasan de contener epítetos insultantes, que solo revelan la opinión de quienes los emiten. Una simple opinión que se vierte gratuitamente, pues ni siquiera descienden a mencionar su fundamento; a explicitar algún extremo concerniente a la función pública que a la guardia Civil compete o que entraña la actividad profesional de los agentes. No sugieren actuaciones al margen de la ley o vulneradoras de derechos, que pudieran contribuir a generar un estado de opinión capaz de cuestionar la legitimidad democrática de la institución o la legalidad de su actuación, y con ello a fisurar su prestigio. Un prestigio asentado en su actuación

constitucional en el marco del estado de derecho, que meras descalificaciones aisladas, por soeces que puedan resultar, especialmente atendido el contexto en el que se vierten, no alcanzan a quebrar.

La libertad de expresión no ampara un hipotético derecho al insulto, ya lo hemos dicho. Sin embargo, también hemos recalcado, que no todo exceso en su ejercicio ha de tener respuesta criminalizadora. El sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasan necesariamente por la aplicación del derecho penal, que queda reservado a las acciones más afrentosas. Así lo exige en este caso el artículo 504.2 CP al reclamar que las injurias vertidas sean graves y con un potencial afrentoso capaz de fisurar el prestigio institucional y social asentado en la legitimidad democrática de las instituciones objeto de protección. Lo que, en este caso, no se da.

(STS 252/2023, de 11 abril).

## ARTÍCULOS 574 Y 577 CP

***Caso explosión de vivienda con terroristas en Cataluña: posesión de explosivos por célula terrorista almacenados en vivienda que explosionó, tenencia con la finalidad de crear una inseguridad o miedo colectivo con la finalidad de subvertir el orden constitucional y atentar a la paz pública. Ignorancia deliberada y actos de colaboración por imprudencia grave.***

[...] Los hechos declarados probados identifican también la finalidad terrorista constitutiva de la estructura pluripersonal conformada que reúne las notas propias de la organización criminal. En efecto, los hechos precisan su permanencia en el tiempo –al menos, durante ocho meses– y un significativo reparto de funciones entre sus distintos miembros, marcado por una planificación sofisticada que se proyecta en una sucesión muy significativa de actuaciones de preparación. Entre estas, la obtención de medios logísticos que, dada la complejidad y la envergadura del plan criminal constitutivo, se presentaban particularmente idóneos como son: la ocupación de una vivienda que se constituye en centro operativo de los integrantes de la organización a más de doscientos kilómetros de sus domicilios habituales; uso de numerosos teléfonos móviles; adquisición de materiales necesarios para la fabricación de explosivos mediante una muy planificada y secuencial gestión de las distintas compras en las que intervienen todos los partícipes; acceso en red a materiales y manuales formativos para dicha fabricación; uso indistinto por parte de todos los integrantes de la organización de varios vehículos; viajes al extranjero para adquirir teléfonos móviles; venta de joyas para la obtención de medios económicos de financiación.

218. Pero no solo se identifican actos de preparación significativos, sino también actos de ejecución con relevancia típica que responden a la finalidad criminal constitutiva de la organización. Como lo son las conductas de autoadoctrinamiento terrorista; la fabricación de una ingente cantidad de material explosivo en condiciones de causar estragos extremadamente graves como de forma trágica se constató con la explosión de la casa de DIRECCION010 donde estaban almacenados; y, desde luego, los atentados ejecutados en Barcelona y DIRECCION040, sin perjuicio de que estas acciones no le hayan sido imputadas al hoy recurrente.

219. Por su parte, y como anticipábamos, los hechos probados también identifican la muy relevante participación del recurrente en el delito de organización criminal, coadyuvando activamente y de común acuerdo con los otros integrantes en su estructuración, cohesión y en la ejecución, en conexión directa con el proyecto criminal, tanto de actos de preparación –avitallamiento, comunicaciones y transmisión de información con los otros integrantes de la célula, compra de productos y utensilios para la fabricación de explosivos, grabaciones en vídeo de algunos integrantes que pronuncian soflamas con evocaciones terroristas– como de ejecución –conductas de autoadoctrinamiento, fabricación y depósito de explosivos–.

Sobre esta cuestión, debe insistirse en que la intervención activa no reclama la futura autoría o coparticipación en todos los delitos que prestan contenido a la finalidad constitutiva de la organización. Basta para ser considerado integrante de la misma cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos.

220. Lo anterior excluye la subsidiaria pretensión de que se califique la conducta del recurrente como de colaboración a los efectos del artículo 577 CP. Si bien dicha conducta reclama también actos de colaboración material a sabiendas de su conexión directa con el proyecto criminal de la organización, la frontera se sitúa en la integración o pertenencia a la misma. El colaborador es, por esencia, un «*extraneus*» a la estructura organizativa. Como precisábamos en la STS 13/2018, de 16 de enero, con el delito del artículo 577 CP «se trata de evitar (bien jurídico protegido) que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquéllas 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 solo 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» –vid. en el mismo sentido, SSTS 826/2015, de 22 de diciembre; 140/2019, de 13 de marzo–.

[...] Con muy escaso desarrollo argumental, se cuestiona la aplicación del artículo 574 CP en relación con el delito de tenencia y depósito de explosivos en detrimento del tipo general del artículo 568 CP, pues, al fallecer, no se ha acreditado el fin que perseguían sus autores con los explosivos depositados. No se puede decantar que se pretendiera la subversión del orden constitucional y la alteración de la paz y la seguridad pública. Lo que se recoge en la sentencia, se afirma, son meras conjeturas, suposiciones, valoraciones subjetivas.

[...] En la determinación del contenido específico del aspecto subjetivo del injusto correspondiente a este delito, la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que no se limita necesariamente a aquellos supuestos en los que el autor pretende crear una inseguridad o miedo colectivo con la finalidad de subvertir el orden constitucional. También se satisface con la finalidad alternativa de alterar gravemente la paz pública mediante la utilización de armamento o sustancias de riesgo que sean susceptibles de afectar la normal convivencia ciudadana, dificultando con ello que se puedan ejercer adecuadamente los derechos fundamentales garantizados por la Constitución –vid. SSTS 459/2019, de 14 de octubre, 360/2023, de 16 de mayo–. El tipo del ar-

título 574 CP engloba aquellas conductas en las que se identifica una tendencia interna intensificada de intranquilizar a las personas despertando en ellas sentimientos de terror, sobresalto o intenso desasosiego. Como se afirma por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –vid. STEDH, caso Ibrahim, ya citada–, «la actividad terrorista indiscriminada tiene por objeto, por su propia naturaleza, infundir miedo en los corazones de civiles inocentes, sembrar el caos y el pánico y perturbar el curso normal de la vida cotidiana».

224. En el caso, la intencionalidad terrorista de la conducta consistente en la fabricación y depósito de explosivos se decanta, en términos de inherencia, de la propia finalidad terrorista constitutiva de la organización criminal a la que también pertenecía el ahora recurrente.

[...] Tipo subjetivo del delito del artículo 577.1.º CP.

267. El análisis del motivo obliga a partir de los elementos que deben ser objeto de prueba en el delito de colaboración con organización terrorista del artículo 577.1.º CP, muy en particular los del tipo subjetivo. Esta Sala ha perfilado un sólido cuerpo de doctrina sobre la cuestión. Así, hemos precisado, «que en cuanto al tipo subjetivo basta [...] la conciencia de que el acto o la conducta de que se trate sirva o favorezca a la banda u organización terrorista, y la voluntad de llevarla a cabo, sin necesidad de ningún otro requisito. [...] Cabe incluso la ignorancia intencionada o deliberada: pueden ser punibles las contribuciones económicas en determinados contextos cuando el cooperante sabe o se representa y prefiere no saber (ignorancia deliberada) que su destino será mantener a la organización terrorista» –vid STS 267/2019, de 28 de abril (sic)–. Con similar alcance, la más reciente STS 940/2022, de 2 de diciembre, insiste en que «el artículo 577 del Código Penal recoge un amplio catálogo de formas de colaboración. Se trata de un delito de mera actividad, que no precisa de resultado alguno en tanto que no es necesario que se hayan realizados actos preparatorios o ejecutivos de hechos terroristas concretos.

Desde el plano subjetivo, exige que el autor tenga conocimiento que contribuye con su acción a los objetivos pretendidos por la organización o grupo terrorista» –vid. también STS 13/2018, de 16 de enero–. Este contenido del tipo subjetivo del delito doloso de colaboración del artículo 577.1 CP responde, por otro lado, a las exigencias de incriminación que se previenen en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, en cuyo artículo 4 se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar «las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen como delito, cuando se cometan intencionadamente, los actos que figuran a continuación: [...] b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista».

268. Es obvio que la exigencia de conocimiento de que con la actuación se coadyuva de manera mínimamente eficaz con fines terroristas constituye objeto de prueba y, su acreditación queda, por tanto, sometida al principio de presunción de inocencia que, como regla de juicio, se traduce en la aplicación del estándar «más allá de toda duda razonable» –vid. sobre las exigencias probatorias de acreditación del «elemento moral específico» en los delitos de pertenencia a una organización terrorista, STEDH, Gran Sala, caso Yüksel Yalçinkaya c. Turquía, de 26 de septiembre de 2023 –.

[...] 273. Pues bien, en el caso, y desde la función de control que nos incumbe como tribunal de casación, echamos de menos en la conclusión fáctica alcanzada por el tribunal de instancia, y validada por el tribunal de apelación, sobre el conocimiento

por parte del recurrente de que con sus actos coadyuvaba a una organización con finalidades terroristas, el grado de cualificada conclusividad que convierta la hipótesis defensiva de no conocimiento en irrelevante fenomenológicamente.

[...] 283. Si no lo hemos entendido mal parece que la Sala de Apelación llega a una suerte de conclusión alternativa: el recurrente tuvo claras y consistentes sospechas de que estaba colaborando con actividades con finalidad terrorista o, en todo caso, no quiso saber aquello que pudo y debió saber, se despreocupó de las consecuencias y decidió seguir actuando. La fórmula, aunque nominativamente modulada, sugiere con claridad una apuesta por la equivalencia entre dolo e ignorancia deliberada. Ya sea porque conoció o porque no quiso conocer lo que debía y podía, para la Sala de Apelación ambas situaciones cognoscitivas satisfacen las exigencias del tipo subjetivo del delito doloso de cooperación del artículo 577.1 CP.

284. La conclusión es matizable. La genuina ignorancia, más allá de que sea o no razonable, no puede ser la base de la imputación dolosa, si el tipo reclama conocimiento. La ignorancia solo puede equipararse normativamente al conocimiento exigido por el tipo doloso cuando el sujeto es conocedor de la alta probabilidad de que exista el hecho determinante de la imputación. Si se tiene intención deliberada de ignorar es porque en realidad hay una representación mental del suceso que pretende ignorarse. De ahí que no cualquier sospecha pueda considerarse ignorancia deliberada de la que decantar el alto nivel de representación que permite por equivalencia identificar dolo, al menos en su forma eventual.

285. La ignorancia deliberada reclama, primero, analizar las razones de la ausencia de representación precisa y suficiente de la concurrencia o posible concurrencia de los elementos típicos; segundo, determinar la disponibilidad de la información ignorada. La mayor o menor facilidad con la que el concernido podría obtenerla; tercero, precisar el deber de conocimiento que cabe exigir al sujeto que ignora; cuarto, identificar la decisión de permanecer en la ignorancia con respecto a una determinada información así como los factores que explican la permanencia en el tiempo de semejante decisión; quinto, identificar y evaluar la motivación que ha llevado al sujeto a mantenerse en el estado de ignorancia, muy en particular si con ello busca eludir responsabilidades por sus actos previos. A partir de este análisis secuenciado podrá determinarse si la indiferencia por el resultado equiparable a dolo que demuestra el «ignorante» es consecuencia de una sospecha inicial fundada que justifica la decisión mantenida en el tiempo de, pudiendo, no quererse informar sobre cuestiones vinculadas a deberes legales o posibles consecuencias ilícitas. Y si, además, pretende obtener ventajas como lo es aducir ignorancia cuando se le exige responsabilidad.

286. Pues bien, en el caso, insistimos, no identificamos prueba suficiente que permita concluir más allá de toda duda razonable que el recurrente se representara finalmente que con su aportación coadyuvaría a los fines terroristas de una organización criminal. Ni, tampoco, consideramos suficientemente acreditado que contara con una sospecha cualificada que le obligara a activar deberes de indagación y que, en lugar de cumplirlos, desplegara una estrategia consciente de «ignorancia deliberada» con la finalidad de eludir sus deberes de evitación y aprovecharse de ella para eludir su responsabilidad.

287. Ni el contexto relacional con los integrantes de la célula criminal, marcado por la ausencia de toda acreditación de previos y posteriores contactos más allá de los producidos cuando dos de sus integrantes acuden a la Frutería de DIRECCION024 a comprar –como se declara probado– y a pedirle prestada la furgoneta y la cesión del NIE; ni las concretas circunstancias de cierta eventualidad en las que se presta la ayuda; ni la mayor o menor consistencia de la explicación ofrecida para ello por el recurrente; ni la posterior negación de una nueva cesión del vehículo; ni su comporta-

miento después de los atentados; ni los datos relacionados con los contenidos hallados en su teléfono; ni los puntuales geoposicionamientos en la localidad de DIRECCION010, limítrofe con su localidad de residencia, arrojan datos probatorios sólidos para considerar acreditado, más allá de toda duda razonable, que el Sr. Antonio conoció la finalidad terrorista o que lo ignoró, pudiéndolo conocer, por tener sospechas cualificadas.

288. En esa medida, al no haberse acreditado la concurrencia del tipo subjetivo del artículo 577.1.º CP, procede dejar sin efecto su condena por el delito doloso de cooperación con organización o grupo criminal con fines terroristas.

[...]291. Pues bien, despejada la cuestión sobre la oportunidad del pronunciamiento, identificamos, en efecto, en la conducta del recurrente las notas que reclama el tipo subjetivo del delito de cooperación imprudente del artículo 577.3 CP. El hecho de que no haya quedado suficientemente acreditado que conociera la finalidad terrorista de sus aportaciones o que tampoco identifiquemos los rasgos constitutivos de una estrategia de ignorancia deliberada a partir de una sospecha cualificada no significa que no se identifique en su actuación un grave incumplimiento de deberes de cuidado que, en términos objetivos, propició actos de colaboración eficaz con la organización terrorista.

292. En efecto, si bien la cesión temporal del vehículo puede como regla general considerarse como un acto neutral si se carece de motivos para representarse una sospecha cualificada de uso ilícito, la entrega de la documentación personal no lo es tanto. Seguimos considerando que resulta difícilmente explicable que alguien que conoce la finalidad terrorista de su aportación entregue documentación personal que permitirá con inmediatez su identificación. Pero esta valoración que debilita la imputación dolosa no es óbice para calificar de conducta muy descuidada que una persona entregue su documentación a otra, con la que no mantiene una íntima relación, sin asegurarse, cumplidamente, del uso que dará de ella, confiando exclusivamente en las explicaciones que aquella le ofrezca. Atendidas las circunstancias del caso, es también probable que el recurrente no dispusiera situacionalmente de mecanismos eficaces para obtener o disponer de la información que le permitiera cumplir con la regla de cuidado. Pero, entonces, debía haber activado otra regla de prevención: si no se puede asegurar cómo y para qué se usará el vehículo y la documentación no debe cederse ni una cosa ni otra a un tercero.

293. Se afirma en la sentencia recurrida que la negativa del recurrente a ceder el coche y el documento NIE en la segunda ocasión que se lo pidieron, debe interpretarse como que «algo sabía o sospechaba sobre la ilicitud de lo que pretendían». No estamos seguros ni de la cantidad ni de la calidad de lo que sabía o sospechaba, pero sí de que no ha quedado suficientemente acreditado que pudiera tener, al menos, una sospecha cualificada de que a los solicitantes les movía una finalidad terrorista y pese a ello decidiera colaborar. Pero la reserva mostrada por el recurrente la segunda vez sí permite afirmar que pudo tener dudas de que su previa conducta se adecuara a las reglas de cuidado. Duda que pudo surgir de cualquier sospecha difusa, no cualificada y, por ello, insignificativa para satisfacer el tipo subjetivo del delito doloso, sobre las finalidades de la ayuda solicitada. Dudas que, en todo caso, le obligaban a actuar con mucha más cautela. La desviación de los estándares medios de cuidado exigibles a la hora de ceder el uso del vehículo y documentación personal en un contexto relacional como el que nos ocupa fue muy notable. Ello justifica reprochar la conducta objetivamente cooperadora a título de imprudencia grave ex artículo 577.3 CP. Diferimos a la segunda sentencia que se dicte la determinación de las consecuencias penológicas que se derivan del cambio del título de condena.

[...] Sin perjuicio de las dificultades aplicativas de la fórmula de atenuación del artículo 579.4 bis CP a las conductas de cooperación, en especial, en su forma imprudente, atendidos los módulos de medición que contempla, no identificamos la menor gravedad del hecho objetivamente considerado como se precisa en la STS 553/2017, de 12 de julio–.

297. El uso del adjetivo comparativo «menor» introduce de forma necesaria un elemento relacional. Se exige que la entidad del hecho reúna una tasa de antijuricidad o de gravedad que pueda considerarse menor con relación, precisamente, a los hechos subsumibles en el tipo básico o general. Ello comporta evaluar con especial rigor en qué medida la concreta conducta, aun reuniendo los elementos mínimos de tipicidad que permiten su subsunción en la conducta descrita en el tipo básico, merece, no obstante, un menor reproche punitivo.

298. Y este no es el caso. El hecho cooperador en su dimensión causal-objetiva fue significativo. Se aportaron medios idóneos y necesarios para la adquisición y transporte de un gran volumen de productos con los que se fabricaron explosivos con la finalidad de cometer atentados terroristas. El hecho de que los integrantes de la célula terrorista pudieran haber adquirido otros productos eludiendo los controles reglamentados no reduce la idoneidad y eficacia de la cooperación que, de forma gravemente imprudente, se prestó por el recurrente. Conforme al parámetro del resultado producido al que se refiere la fórmula de atenuación, medido, en el caso, en términos de riesgo introducido, no identificamos la menor gravedad que justifique reducir la pena prevista en el tipo básico.

(STS 873/2023, de 24 noviembre).

