Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO
Prof. titular de Derecho penal y Criminología. UNED

ARTÍCULO 89 CP

Sustitución de las penas privativas de libertad. Expulsión del territorio nacional. Improcedencia.

En efecto, esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión litigiosa en la STS 277/2022, de 23 de marzo, en la que dijimos que «la naturaleza próxima a lo punitivo de la medida de expulsión obliga a neutralizar riesgos de exceso que pueden derivarse del nivel de efectivo cumplimiento alcanzado por la pena privativa de libertad cuya sustitución se ordena». Como afirmábamos en la STS 617/2010, de 22 de abril, «resulta evidente que cuando la pena está prácticamente cumplida en España con la aplicación del periodo de prisión preventiva sufrida, artículo 58 del Código Penal, no puede resultar pertinente la expulsión como sustitución de aquella, pues en ese caso la sustitución se transformaría en un incremento de la sanción uniendo una medida de seguridad a una pena ya cumplida».

Esta doctrina tiene su precedente en la sentencia del Tribunal Constitución número 145/2006, de 8 de mayo, en la que se consideró que acordar la expulsión cuando se había avanzado en el cumplimiento de la pena de prisión constituía una interpretación irrazonable del artículo 89.1 CP porque se produciría una acumulación sucesiva de las penas de prisión y expulsión. En efecto, cuando el penado ha cumplido una parte sustancial de la pena de prisión si se acuerda la sustitución por expulsión se reduce notablemente el objeto de la sustitución íntegra ordenada en la sentencia, comprometiendo el sentido material y funcionalidad de

la propia sustitución. No cabe siquiera considerar la aplicación del inciso segundo del artículo 89.1 CP que establece la posibilidad en penas de menos de cinco años de prisión de acordar la expulsión una vez cumplida parte de la condena, porque no es el supuesto de autos en el que se acordó la pena de prisión impuesta por expulsión cuando ya se había cumplido una parte muy sustancial de la pena.

(STS 851/2025, de 16 de octubre).

ARTÍCULO 95 CP

Medida de seguridad de internamiento. Doctrina del TEDH sobre los tres requisitos para privar de libertad a persona con trastorno mental, consistentes en pruebas médicas, tipo o grado que lo justifique y persistencia del trastorno para su continuidad. El tercer requisito exige la necesidad de la medida en el momento en que se ordena, no dándose en el supuesto concreto.

Ciertamente, la medida de seguridad privativa de libertad ordenada adolece de un significativo déficit de fundamento fáctico. No responde a las condiciones de imposición, cuando se trate de privar de libertad a personas con enfermedad mental, perfiladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 5.1 CEDH –*vid*. SSTEDH, caso, Inseher c. Alemania, de 4 de diciembre de 2018; caso Denis e Invirne c. Bélgica, de 1 de junio de 2021; caso M. B c. España, de 6 de febrero de 2025–. Programa de condiciones que, por otro lado, ha sido incorporado a la doctrina de esta Sala Segunda –*vid*. STS 291/2024–.

Como de manera contundente ha reiterado el Tribunal Europeo, una persona con trastornos mentales no puede ser privada de su libertad a menos que se cumplan las siguientes tres condiciones mínimas: primera, debe demostrarse de manera confiable, mediante pruebas médicas especializadas, que sufre un verdadero trastorno mental; segunda, el trastorno mental debe ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio; tercera, la validez del confinamiento continuo depende de la persistencia de dicho trastorno.

6. En cuanto a la primera condición, el Tribunal insiste en que las causas enumeradas en el artículo 5, párrafo 1, CEDH que habilitan para la privación de libertad deben interpretarse de forma estricta.

Con relación a la segunda, el Tribunal recuerda que para que una persona con enfermedad mental sea privada de su libertad el trastorno debe

ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio. Lo que acontecerá cuando este resulte necesario porque la persona necesita terapia, medicación u otro tratamiento clínico para curar o aliviar su condición o requiera control y supervisión para evitar que se cause daño a sí mismo o a otras personas –*vid.* SSTEDH, caso N. c. Rumanía de 28 de noviembre de 2017; caso Rooman c. Bélgica, de 31 de enero de 2019–.

Y respecto a la tercera condición, el Tribunal precisa que el momento relevante en el que debe establecerse de manera confiable la necesidad terapéutica del internamiento es la fecha de la adopción de la medida privativa de libertad. La validez del confinamiento depende, por tanto, de la persistencia del trastorno mental.

Sobre el alcance de este tercer presupuesto, la jurisprudencia del Tribunal ofrece valiosos ejemplos. Así, en el caso Herz c. Alemania, sentencia de 12 de junio de 2003, se consideró que un informe pericial psiquiátrico elaborado un año y medio antes de la fecha en la que debía tomarse la decisión judicial no bastaba por sí mismo para justificar una medida de privación de libertad. En el caso M. B c. España, sentencia de 6 de febrero de 2025, se estimó que la distancia de dos años entre el examen forense que identificó la enfermedad mental de la acusada y la constitución en sentencia de la medida de seguridad privativa de libertad tampoco satisfacía el estándar de evaluación sincrónica –con un similar alcance, SSTEDH, caso Magalhães Pereira c. Portugal, de 26 de febrero de 2002; caso H. W. c. Alemania, de 19 de septiembre de 2013–.

7. Es obvio, por tanto, que no basta que una persona sufra una enfermedad mental para concluir que será siempre y en todo caso peligrosa y, en esa medida, ordenar su internamiento. Ello supondría privar a las personas con enfermedades psiquiátricas de toda expectativa de disfrute con plenitud de sus derechos civiles. La persona con una patología mental sigue siendo titular del derecho a la libertad lo que se traduce en que su privación deba responder estrictamente a las finalidades penales específicas de control de su actual peligrosidad.

Como se previene en el artículo 14 1.b) de la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad, «Los estados asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás […] no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad» –*vid.* Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, elaboradas por el Comité de Derechos de Personas con discapacidad en la 14.ª sesión desarrollada en 2015–.

De ahí que, apreciada en sentencia la exención de responsabilidad criminal por trastorno mental, deba valorarse, con extremado rigor, si dicho trastorno proyecta, como se exige en el artículo 6 CP, un actual pronóstico de peligrosidad que justifique la adopción de algunas de las medidas de seguridad previstas en los artículos 101 a 106, todos ellos, CP. Y para ello debe disponerse de información rigurosa y actualizada que permita identificar las necesidades de intervención terapéuticas y de otro tipo que presten fundamento a la adopción de las medidas que procedan. Dicho mandato debe delimitar, siempre, el sentido y alcance de la cláusula de peligrosidad prevista en el artículo 95.1.2.º CP. Pasado el tiempo desde la comisión del hecho delictivo, ha de, insistimos, constatarse un riesgo cualificado y actual de comisión de nuevos hechos delictivos vinculado a la propia persistencia del trastorno mental como factor causal.

8. Pues bien, como anticipábamos, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, validado por el Tribunal Superior, imponiendo una medida de seguridad privativa de libertad, no se ajustó a las exigencias antes precisadas. En particular, a la tercera, la que exige que se compruebe la necesidad sincrónica de la medida al momento en que se ordena.

Ni la sentencia de instancia ni la de apelación contienen una evaluación específica del estado de salud mental del recurrente al momento del juicio oral a pesar de que habían transcurrido casi tres años desde los hechos. La lacónica justificación ofrecida no analiza, con base a informaciones periciales actualizadas, si su condición médica había mejorado desde ese día o si representaba un peligro actual y actualizado para sí mismo o para otros debido a su trastorno psiquiátrico. Se prescinde del análisis de toda la documentación clínica incorporada a la causa, a la luz, además, de las explicaciones ofrecidas por la psiquiatra Sra. Ángela que trató al recurrente antes y después de su internamiento no voluntario ordenado por el juez civil con motivo de los hechos. Como precisó la terapeuta en el acto del juicio, cesado el internamiento involuntario, durante el tiempo que mantuvo la relación asistencial hasta mediados de 2022, se aplicaron, a la vista de la evolución de la enfermedad, diferentes modelos de tratamiento –ambulatorio e internamientos voluntarios con salidas y contactos familiares [en el propio recurso formalizado en 2023, se precisa que el Sr. Teodosio se encontraba ingresado voluntariamente en una clínica]– y distintas pautas farmacológicas. La psiquiatra Sra. Ángela fue particularmente explícita al afirmar en la vista y a preguntas de las acusaciones que a dicha fecha –marzo de 2023– carecía de información actualizada para poder evaluar si el internamiento de

Narciso en centro cerrado era conveniente. En este punto, identificamos un error en la sentencia recurrida en orden a la recepción de la información probatoria facilitada por la Sra. Ángela pues esta no iba referida al momento actual –relativo a la fecha en que prestó declaración en el juicio–, sino al tiempo en que mantuvo la relación asistencial con el recurrente.

Lo anterior adquiere una importancia decisiva porque, en puridad, la única información médica con valor probatorio de la que se dispuso en la que se sostenía la necesidad del internamiento involuntario fue la recogida en el dictamen forense en el que se ratificaron los facultativos que lo elaboraron. Pero, y este dato resulta trascendente, dicha información se elaboró el 3 de noviembre de 2021, dieciséis meses antes del juicio. Como también precisaron los forenses en el acto del juicio, si bien la patología esquizofrénica diagnosticada al Sr. Teodosio reclama un seguimiento médico riguroso, este puede brindarse de manera ambulatoria. En este punto, los forenses indicaron que «les corresponde a los especialistas psiquiatras valorar [con relación al recurrente] qué grado de compensación tiene» (sic). Lo que reveló, también, que no disponían de información actualizada, a la fecha del juicio, sobre la evolución de la enfermedad diagnosticada al Sr. Teodosio.

9. La más que evidente asincronía entre el momento en que se elaboró la información médica tomada en cuenta y el momento en que se adoptó, en la instancia, la decisión de internamiento al amparo del artículo 101 CP, permite concluir que esta se asentó, fundamentalmente, en un juicio de peligrosidad en atención al estado mental del recurrente el día de los hechos, acaecidos casi tres años antes al juicio, y en la necesidad de internamiento concurrente a dicha fecha.

Lo que también arroja otra conclusión clara y ya anticipada: la imposición de la medida de seguridad no cumplió las condiciones mínimas que se derivan del artículo 5 § 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y que, por la cláusula de vinculación del artículo 10 CE, nutren también de contenido al artículo 17 CE –*vid*. STEDH, ya citada, caso M. B c. España que presenta intensas similitudes con el que hoy nos ocupa–.

10. La cuestión que surge es cómo reparar el gravamen. Los graves y prioritarios intereses en juego, marcados por la obligación positiva e ineludible del Estado de neutralizar la peligrosidad que para la vida e integridad física del propio Sr. Teodosio y de terceros puede derivarse del estado y evolución de su enfermedad mental, garantizando, al tiempo, su derecho a la libertad, obligan, como previenen los artículos 6, 95, 101 y 105, todos ellos, CP, a una evaluación muy rigurosa, sobre la base de una información médica fiable y sincrónica pro-

ducida en juicio, de la necesidad de adoptar medidas de seguridad y a justificar, en su caso, las razones para optar por una o algunas de las previstas en la Ley.

La adopción de una medida de seguridad penal de internamiento cuando ha transcurrido un largo periodo de tiempo desde el hecho sin una base sólida que identifique, por un lado, el concreto pronóstico de peligrosidad, que constituye, además, su genuino presupuesto, y, por otro, su necesidad terapéutica, puede producir gravísimas consecuencias disruptivas sobre la evolución y eficacia del tratamiento al que pueda estar voluntariamente sometido el enfermo.

La peligrosidad actual no puede presumirse por el solo dato de que la persona en su día, a consecuencia de la enfermedad, se mostró peligroso. Las medidas de seguridad privativas de libertad previstas para personas inimputables no pueden concebirse ni aplicarse con fines inocuizadores de un riesgo-patrón ínsito a la enfermedad mental diagnosticada ni, tampoco, como en otros modelos comparados, como una simple custodia de seguridad. Solo caben, insistimos, si se identifica riesgo actual y necesidad terapéutica para neutralizarlo.

11. Por otro lado, el cumplimiento de esta doble obligación de identificación en la fase de juicio y su proyección en la sentencia no ha de quedar condicionado o limitado por las reglas del acusatorio o por fórmulas generales de carga probatoria relacionadas con la acreditación de los hechos constitutivos de la pretensión penal. Deben, por tanto, introducirse ajustes del procedimiento, modulaciones de las reglas de prueba y de desarrollo del proceso que permitan ofrecer una respuesta constitucional y convencionalmente orientada que cohoneste razonablemente con los altos intereses a proteger a los que antes nos hemos referido.

El proceso penal no puede, en estos casos, renunciar a la efectiva y adecuada protección de la persona con enfermedad mental que cometió el delito ni, tampoco, de aquellos que, a consecuencia del concreto y sincrónico estado patológico en el que aquella se encuentre, puedan estar en una situación de peligro para su vida o integridad física.

12. Lo dicho hasta ahora obliga, por un lado, a dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que se constituía la medida de seguridad de internamiento y, por otro, a reenviar la causa al tribunal de instancia para que se convoque a las partes a una audiencia, cuyo objeto queda limitado a valorar la oportunidad, o no, de fijar medidas de seguridad y a concretar, en su caso, aquellas que resulten adecuadas. Como ajuste de procedimiento indispensable, al amparo del artículo 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad, podrán proponerse con dicha finali-

dad, y deberán practicarse –también por la vía del artículo 729. 2.º LECrim–, los medios de prueba que resulten conducentes.

(STS 1046/2025, de 17 de diciembre).

ARTÍCULO 127 CP

Decomiso. La concurrencia de multirreincidencia ya ha servido de base para la agravación de la pena impuesta. Esta circunstancia por sí sola no debe determinar, de forma automática y sin más fundamento, el comiso del vehículo, ya que la posibilidad de reincidir en el futuro cesaría tan pronto como el sujeto obtuviera el permiso de conducir, desconociéndose otras circunstancias personales concretas en el conductor que determinen su necesidad.

El artículo 385 bis CP, introducido mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha terminado con la discusión tradicional sobre si el comiso del vehículo era aplicable a los casos de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, o bien podía ser acordado en todos los supuestos de condena por cualquiera de los delitos contra la seguridad vial previstos en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal.

Dispone el referido precepto que «El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128».

Así pues, a partir de esta Ley, es posible el comiso del vehículo de motor o ciclomotor empleado, no solo en la realización del delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, sino también en los hechos previstos en el resto de los delitos albergados en el capítulo dedicado a los delitos contra la seguridad vial a través de la regulación general contenida en los artículos 127 y 128 CP.

Igualmente se ha puesto fin a la discrepancia existente a nivel doctrinal y jurisprudencial sobre si el vehículo de motor o el ciclomotor constituye en los delitos contra la seguridad vial alguno de los objetos decomisables que establece el artículo 127 CP (efecto del delito, bien, medio o instrumento con que se haya preparado o ejecutado éste, o ganancia proveniente de la infracción penal).

De esta forma, en la actual regulación es evidente que puede ser objeto de comiso el vehículo utilizado en todos los delitos contra la seguridad vial, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 127 y 128 CP, en principio, en los mismos términos que el comiso de otros objetos (efectos del delito, bienes, medios o instrumentos utilizados

para su preparación o ejecución, o ganancias obtenidas). Ello no obstante, las características de los mismos y su consideración legal como instrumentos del delito, así como la naturaleza de la infracción de la que son consecuencia accesoria, modelan necesariamente, como luego veremos, los criterios que deben dirigir su imposición y ejecución.

Llegados a este punto debemos referirnos a la naturaleza y alcance del comiso.

Sobre ello, señalábamos en la sentencia núm. 507/2020, de 14 de octubre, con cita de la sentencia núm. 134/2017, de 2 de marzo que «el Código Penal de 1995 considera el comiso como una "consecuencia accesoria" al margen tanto de las penas como de las medidas de seguridad. Su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos (CP. suizo o CP. alemán) de establecer un tercer genero de sanciones bajo la denominación de "consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias"».

En la misma sentencia se excluía igualmente su consideración como una suerte de responsabilidad civil derivada del delito: «es cosa distinta de la responsabilidad civil "ex delicto", ésta constituye una cuestión de naturaleza esencialmente civil, con independencia de que sea examinada en el proceso penal, y nada impide que, por ello, su conocimiento sea diferido, en su caso, a la jurisdicción civil. El comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.

Pues bien con independencia de esta naturaleza jurídica que implica que tal medida ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras (SSTS. 30.5.97, 17.3.2003), de donde se deduce la necesidad de su planteamiento y debate en el juicio oral (STS. 6.3.2001), y que la resolución que lo acuerde ha de ser motivada (SSTS. 28.12.200, 3.6.2002, 6.9.2002, 12.3.2003, 18.9.2003, 24.6.20 05), el problema puede surgir a la hora de determinar su exacta definición, partiendo de que la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito».

De esta forma, conforme constante doctrina jurisprudencial, el comiso se configura como una consecuencia accesoria, de naturaleza eminentemente sancionadora, al margen de las penas y de las medidas de seguridad, en relación con determinados delitos cuya finalidad es anular cualquier ventaja obtenida por la comisión del hecho delictivo y disfrutada por los autores y participes.

En el mismo sentido, la doctrina más autorizada entiende que su naturaleza se configura como tercera clase de sanciones penales.

Además, el fundamento de esta consecuencia accesoria en los delitos dolosos no ha sido puesto en cuestión en la medida que es absolutamente lógico desposeer al delincuente de los objetos obtenidos mediante el delito y confiscarle los instrumentos empleados para su comisión (SSTS 77/2007, de 7 de febrero; 154/2008, de 8 de abril; 32/2009, de 7 de enero; y 499/13, de 11 de junio).

Como consecuencia de lo expuesto hasta ahora, la decisión de comiso no atiende a los principios de prevención que corresponden a la pena, y su aplicación tampoco se compadece con los principios de proporcionalidad y divisibilidad propios de la aplicación de las penas, aun cuando el vigente artículo 128 CP introdujo la aplicación de estos principios permitiendo que los jueces o tribunales puedan no decretarlo o hacerlo parcialmente.

Así pues, la aplicación del comiso como consecuencia accesoria no puede estar condicionada por las reglas y principios a que están sujetas las penas y medidas de seguridad. Por ello le son ajenas tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado. De esta manera, el Estado, en aplicación del ius puniendi, añade a la sentencia condenatoria un efecto adicional que consiste en hacer suyos los instrumentos que sirvieron para cometer un delito o privar de las ganancias obtenidas con el hecho punible al que resulte penalmente responsable. No se busca con el comiso desplegar efectos preventivos sobre el autor del hecho o procurar indemnizar a las víctimas por los daños causados. Los bienes caídos en comiso sufren una traslación de dominio por imperio de ley, más allá de los efectos punitivos y resarcitorios de la condena.

En nuestro Código, pese al tenor literal del artículo 127 CP, el comiso no es de aplicación preceptiva, atendiendo a la cláusula de proporcionalidad que, como antes expusimos, incorpora el artículo 128 CP. Precisamente, por no tratarse de una pena accesoria que ineludiblemente venga unida a la principal por disposición legal.

Conforme señala el Tribunal Constitucional (STC 219/2006, de 3 de julio de 2006), en la acreditación de la concurrencia de los presupuestos de una consecuencia accesoria como el decomiso y en la imposición de la misma habrán de respetarse las garantías del proceso (art. 24.2 CE) y las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En consonancia con ello, ya hemos visto como la doctrina de esta Sala ha entendido que ha de ser solicitada por el Ministerio Fiscal o partes acusadoras, debiendo ser objeto de debate en el juicio oral. Igualmente hemos declarado de forma reiterada que la resolución en que se acuerde ha de ser adecuadamente motivada (SSTS 512/2017, de 5 de julio; 134/2017, de 2 de marzo; 877/2014, de 22 de diciembre).

Igualmente, el fundamento del comiso, cuando, como ocurre en el presente caso, en el que por disposición legal se considera el vehículo a motor o ciclomotor utilizado como instrumento del delito (art. 385 bis CP), es distinto a la de los efectos que provengan del hecho delictivo, pues se trata de sustraer aquello que ha resultado especialmente idóneo para la comisión del hecho delictivo y que puede serlo de nuevo para la comisión de nuevos delitos contra la seguridad vial.

Ello nos lleva a una primera conclusión: el primer parámetro que ha de ser valorado para la aplicación del comiso como consecuencia accesoria del delito en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, viene dado por el grado de peligrosidad de la cosa y la entidad del bien jurídico que ésta pone en peligro.

Lógicamente, y en íntima conexión con el anterior debe atenderse a la peligrosidad del sujeto y a la posibilidad de que vuelva a delinquir utilizando precisamente el vehículo.

Junto a ello deben tenerse en cuenta los parámetros previstos en el artículo 128 CP: la naturaleza o gravedad de la infracción penal cometida, y la satisfacción de las responsabilidades civiles, aun cuando tales circunstancias parecen en principio ajenas al fundamento del comiso de efectos e instrumentos del delito en los términos que han sido expuestos.

Por último, no debe olvidarse, en la imposición de la consecuencia accesoria que analizamos, las circunstancias concretas y singulares concurrentes en cada caso.

[…] En el supuesto sometido a consideración, el Ministerio Fiscal sustenta únicamente su petición en el hecho de que el acusado ha sido condenado en cinco ocasiones anteriores por los mismos hechos, utilizando el mismo vehículo, lo que le ha valido la apreciación de la agravante de multirreincidencia. De ello infiere la alta probabilidad de que aquel siga conduciendo sin recuperar la vigencia del permiso por los trámites legales. Entiende por ello que la disponibilidad del vehículo facilita la comisión de nuevos delitos.

De esta forma atiende únicamente a la posibilidad de que el condenado vuelva a delinquir utilizando el vehículo cuyo comiso solicita.

Nada refiere sobre la peligrosidad del vehículo, que no parece existir, o sobre la entidad del bien jurídico puesto en peligro. Tampoco sobre la naturaleza o gravedad de la infracción penal cometida, ni sobre las circunstancias concretas concurrentes en supuesto examinado, lo que sí ha sido valorado y razonado adecuadamente por la Audiencia Provincial.

De esta forma el Tribunal examina en primer lugar la concurrencia de multirreincidencia, la que ya ha servido de base para la agravación de la pena impuesta, entendido acertadamente que esta circunstancia

por sí sola no debe determinar, de forma automática y sin más fundamento, el comiso del vehículo, ya que la posibilidad de reincidir en el futuro en la infracción que nos ocupa cesaría tan pronto como el sujeto obtuviera el permiso de conducir. Téngase en cuenta además que la infracción por la que el acusado ha sido condenado no conlleva, a diferencia de otros delitos contra la seguridad vial, privación del derecho a conducir vehículos a motor.

Igualmente ha analizado la naturaleza o gravedad de la infracción, comprobando que en el actuar del acusado no parece demostrado que se haya creado un peligro concreto para la seguridad del tráfico. Tampoco ha hallado otros parámetros adicionales de peligrosidad objetiva o subjetiva en el hecho que puedan sustentar el comiso del vehículo.

Junto a ello se desconocen circunstancias personales concretas que determinen la necesidad del comiso.

En consecuencia, hemos de concluir con la Audiencia estimando que no aparecen justificadas razones que deban determinar el comiso del vehículo conducido por el acusado.

(STS 8/2025, de 16 de enero).

ARTÍCULO 130 CP

Caso expresidenta del Parlamento de Cataluña. Amnistía. Se rechaza la aplicación de la Ley de amnistía, en este caso de conducta claramente corrupta, pues ni el perfil, ni el desarrollo de una acción de gobierno, en la parcela administrativa que dirigía la recurrente permiten considerar que la conducta por la que ha sido condenada se enmarque en el «procés». No basta el alegado perfil netamente independentista y la dirección del mencionado organismo en el marco de un Gobierno con vocación netamente procesista.

Analizamos, como si de un primer motivo se tratara, la aplicación a la condena impuesta a la recurrente de la LO 1/2024, de 10 de junio de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña, en los términos en los que ha sido solicitada.

[…] El hecho probado de la sentencia objeto de la presente censura casacional, refiere una actuación de la Directora de la Institució de les Lletres Catalanes, adscrita al Departament de Cultura de la Generalitat Catalana, de quien recibe el encargo de elaborar una página para la divulgación de libros, dentro de la competencia del Departament, que tiene como objetivo fundamental el de la promoción de la literatura catalana y el fomento de la lectura.

Desde la perspectiva expuesta en el hecho probado ninguna relación tiene con el ámbito objetivo de la Ley Orgánica 1/2024, de amnistía, cuyo artículo 1 lo concreta en «los siguientes actos determinantes de responsabilidad penal, administrativa o contable, ejecutados en el marco de las consultas celebradas en Cataluña el 9 de noviembre de 2014 y el 1 de octubre de 2017, de su preparación o de sus consecuencias, siempre que hubieren sido realizados entre los días 1 de noviembre de 2011 y 13 de noviembre de 2023, así como las siguientes acciones ejecutadas entre estas fechas en el contexto del denominado proceso independentista catalán», relacionando una series de supuestos, ninguno aplicable al hecho probado es objeto de la presente casación. La Exposición de Motivos identifica la finalidad de la Ley orgánica de amnistía en los términos que entresacamos «Con la aprobación de esta ley orgánica, por tanto, lo que el legislador pretende es excepcionar la aplicación de normas vigentes a unos hechos acontecidos en el contexto del proceso independentista catalán en aras del interés general, consistente en garantizar la convivencia dentro del Estado de Derecho, y generar un contexto social, político e institucional que fomente la estabilidad económica y el progreso cultural y social tanto de Cataluña como del conjunto de España, sirviendo al mismo tiempo de base para la superación de un conflicto político».

En el escrito de petición, aparte de referir la cobertura legal, con cita de resoluciones que amparan su adopción, expresa dos situaciones que, a su juicio, la hacen merecedora de la extinción de la responsabilidad pena en aplicación de la mencionada ley. De una parte, la concurrencia en su persona de un «perfil intensamente independentista», y, de otra, que desarrolló la dirección de la Institució «en el marco de un gobierno con vocación netamente procesista». Ni el perfil, ni el desarrollo de una acción de gobierno, en la parcela administrativa que dirigía la recurrente, permiten considerar que la conducta por la que ha sido condenada se enmarca en un contexto del denominado proceso independentista catalán. El hecho probado refiere una conducta consistente en una contratación administrativa, obviando las exigencias de la contratación administrativa, para facilitar una adjudicación directa a una persona, también condenada, que se beneficiaba de esa adjudicación directa, obviando la normativa administrativa dispuesta para asegurar la transparencia de la administración, transparencia que limite los casos de corrupción y afirme la igualdad de los posibles licitantes.

En ninguno de los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 1 de la LO 1/2024 puede encuadrase la conducta declarada probada, y tam-

poco la expresa la peticionaria del indulto, a excepción de la consideración de la existencia de un perfil intensamente independentista, que remite a una consideración propia de un derecho penal de autor y no un derecho penal de actos, que es lo reflejado en el hecho probado en el que refiere una conducta que ha sido subsumida en un tipo penal.

(STS 105/2025, de 10 de febrero).

ARTÍCULO 142 CP

Imprudencia. Tipicidad tras la LO 1/2015. Caracteres. Criterios de graduación. La diferencia entre la imprudencia grave y la menos grave reside en la dimensión o el peso de la conducta de desatención, lo que obliga a evaluar las posibilidades que el sujeto tenía para prevenir el resultado, o poder saber, y al grado de infracción del deber de cuidado, o deber de evitar.

Considerando una línea jurisprudencial que gradúa la punición de estos comportamientos por el desvalor de la acción y no por el desvalor del resultado, los trabajos parlamentarios condujeron a que no toda imprudencia con resultado muerte o de lesiones fuera incluida en el elenco de tipos penales, pero sí que merecieran reproche penal algunos otros supuestos además de la muerte por imprudencia grave (art. 142.1) o las lesiones necesitadas de tratamiento por imprudencia grave. En concreto se añadió la punibilidad de:

A. La causación de la muerte de otro por imprudencia menos grave (art. 142.2) y
B. La causación, también por imprudencia menos grave, de alguna de las lesiones agravadas recogidas en los artículos 149 y 150 del Código Penal.

[…] Surgió así la necesidad de definir el alcance jurídico de los conceptos de imprudencia grave, de imprudencia menos grave y de una despenalizada imprudencia leve reconducida a la culpa civil, particularmente por cuanto estas expresiones eran distintas de las que hasta entonces habían sido empleadas por el legislador para definir el alcance de los tipos penales, pues el Código Penal de 1973 utilizaba las expresiones de imprudencia temeraria e imprudencia simple (con o sin infracción de reglamentos) y el Código Penal de 1995, hasta la reforma que contemplamos, manejó las voces de imprudencia grave o de imprudencia leve.

Nuestra Jurisprudencia ha establecido que los elementos integrantes de la imprudencia son los siguientes:

a. Una acción u omisión que produzca –de manera no intencional– un resultado dañoso para el bien jurídico penalmente protegido, a partir de una relación causal que responda a los principios de un análisis lógico.

b. Que en esa conducta humana no intencional se aprecie una omisión de cuidado, bien por identificarse un actuar perezoso del sujeto activo que da lugar a esa falta de diligencia, bien por un defectuoso funcionamiento del intelecto. Consecuentemente el sujeto, sin querer ni aceptar un resultado que era evitable, no lo tiene en cuenta a pesar de que también era previsible (elemento de la culpabilidad).

c. Que esa desatención infrinja o transgreda determinados deberes de precaución que vengan impuestos por las normas generales de la convivencia social o que estén exigidos por las regulaciones específicas que rigen determinadas actividades (elemento de la antijuridicidad).

d. Por último, que la desatención, como desencadenante causal, justifique la imposición de una pena que se determinará según la entidad o grado de la culpa (elemento de punibilidad).

[…] Bajo estas premisas, hemos considerado tradicionalmente que la imprudencia es grave cuando incorpora el olvido o la desatención de las más elementales, básicas y obvias medidas de precaución. Se trata de una negligencia superlativa o máxima, con omisión de toda cautela o, como hemos dicho en alguna ocasión, con eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o rudimentarios exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia y a principios transidos de alteridad.

En el otro extremo, hemos considerado que la imprudencia leve consiste en la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y contornean el supuesto concreto.

[…] Al evaluar la nueva categoría de imprudencia menos grave, hemos subrayado la existencia de varias posturas doctrinales. En primer lugar, la que identifica la actual imprudencia menos grave con la antigua leve. En segundo término, la de quienes consideran que es una imprudencia intermedia que se nutre de los de supuestos más graves de la imprudencia leve, pero sin detraer ninguno de la imprudencia grave, pues ésta se mantendría con el significado y la amplitud que

siempre ha tenido. Por último, quienes entienden que la nueva imprudencia menos grave exige necesariamente de cierta gravedad, de modo que se alimentaría únicamente de las conductas menos relevantes de las que han integrado tradicionalmente la imprudencia grave, quedando todas las demás imprudencias despenalizadas.

Nuestra jurisprudencia ha rechazado la primera de las posiciones, pues una completa equiparación entre la actual imprudencia menos grave y la que tradicionalmente veníamos denominando como imprudencia leve, anularía la despenalización de las faltas que sancionaban esos comportamientos y resultaría contraria a la previsión desarrollada por la LO 1/2015.

Hemos dicho también (STS 805/2017, de 11 de diciembre, en el caso Madrid Arena) que la nueva categoría de imprudencia menos grave tampoco debe integrarse en la significación tradicional de imprudencia grave y nutrirse sólo de las conductas más leves de ésta. De hecho, en nuestra Sentencia de Pleno 421/2020, de 22 de julio, resaltamos que el concepto jurídico de imprudencia grave es manejado en muchos delitos del Código Penal distintos del homicidio y de las lesiones por imprudencia, de modo que si la categoría de imprudencia menos grave que manejan los artículos 142 y 152 del Código Penal se nutriera con los supuestos menos exacerbados de entre los que antes integraban la imprudencia grave, en realidad estaríamos disminuyendo el ámbito de aplicación material de los demás delitos que manejan este concepto o, lo que resultaría inasumible, estaríamos optando porque el término imprudencia grave presentara un significado diferente para los distintos tipos penales que lo emplean. Con esta consideración dijimos en nuestra Sentencia de Pleno que la categoría de imprudencia menos grave había que construirla a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes; una consideración que refleja también el devenir del procedimiento legislativo que hemos descrito anteriormente y el proceso por el que el legislador ensanchó la previsión punitiva inicialmente contenida en el proyecto de ley.

De otro lado, la diferencia entre la imprudencia grave y la imprudencia menos grave reside en la dimensión o el peso de la conducta de desatención, lo que obliga a evaluar las posibilidades que el sujeto tenía para prevenir el resultado («poder saber») y al grado de infracción del deber de cuidado («deber evitar»). El menosprecio o, incluso, el descuido y el olvido de aquellos cuidados que son elementales y básicos para que la circulación del tráfico rodado evite el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, sobrepasando

la mera falta de atención, determina la punición de la conducta como imprudencia grave o menos grave; asentándose la diferencia entre una y otra, no en la norma que regula una determinada conducta, sino en la importancia o relevancia del deber omitido de cuidado en función de las circunstancias del caso. Si la imprudencia leve es la simple omisión de la diligencia exigible, concurre la imprudencia menos grave cuando se desatiende un deber medio de previsión para la evitación de un riesgo en la actividad que se despliega, convirtiéndose en grave cuando el abandono de la previsión se muestra intolerable.

(STS 320/2025, de 3 de abril).

ARTÍCULO 139 CP

Asesinato para facilitar la comisión de otro delito. Apreciable. Con la muerte de su compañera sentimental, el acusado buscó una facilitación objetiva para los actos de despojo patrimonial que denodadamente intentó, y que consiguió culminar en parte. Robo en casa habitada. Inapreciable. Morador habitual de la vivienda donde se perpetró el despojo.

A partir de la reforma operada en el CP por la LO 1/2015, de 30 de marzo, a las circunstancias que tradicionalmente cualificaban el homicidio en asesinato –alevosía, precio, recompensa o promesa, y ensañamiento–, se ha incorporado una más en el número 4.º del artículo 139 «Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra».

En la STS 657/2018 de 1 de marzo, que por primera vez interpretó esta circunstancia, –y que también cita la sentencia recurrida– descartamos que la concurrencia de esta circunstancia con otro delito, el que se pretende cometer o el que se trata de ocultar, comprometiera el non bis in idem. Y aclarábamos «De una parte, la agravación del art 139.1.4 CP juega también cuando el otro delito no ha llegado a iniciarse. Cuando además de la finalidad, que es lo que determina la cualificación como asesinato, se comete el otro delito es necesario para abarcar el total desvalor de la conducta proceder a la doble punición…». También señalamos que el fundamento de tal agravación «no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona. Ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior, independiente de la sanción que pueda merecer ese otro delito que podría ser grave, menos grave, o leve. Siempre se penará aparte del asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable.». Y añadíamos «No estamos ante un delito complejo, –un delito de homicidio y otro delito en conexión– como ha llegado a sugerir alguien. No. El delito fin puede no haber llegado a ser cometido operando también la agravación. Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable». Doctrina reiterada entre otras en SSTS 649/2019, de 20 de diciembre; 77/2020, de 25 de febrero; 438/2021 de 20 de mayo».

En el mismo motivo se cuestiona la aplicación de la modalidad agravada del núm. 2 del artículo 242 CP, por haber ocurrido los hechos en casa habitada o en sus dependencias.

Defiende el recurso que esa modalidad agravada no debe apreciarse al ser Luis María morador habitual de la vivienda donde se perpetró el despojo.

La sentencia recurrida rechazó la alegación que ahora se reproduce incidiendo en el desvalor por la intimidad que acoge el lugar, que es donde se desenvuelve la vida de una persona.

La agravación locativa por cometer el delito de robo en casa habitada o en alguna de sus dependencias fue incorporada para el delito de robo con violencia e intimidación por la LO 5/2010, agravación que la LO 1/2015 amplio a los establecimientos o locales abiertos al público.

Esta agravación, trasvasada directamente desde la previsión de una cláusula idéntica en el artículo 241 CP para el delito de robo con fuerza, había sido ampliamente interpretada en este último contexto por la jurisprudencia de esta Sala, que identificó en ella un doble fundamento. La mayor peligrosidad proyectada en el posible riesgo para las personas dada su proximidad y posibilidad de coincidencia en el curso de la perpetración delictiva y el superior grado de antijuridicidad de la conducta que compromete al hogar ajeno, proyección de la intimidad de la persona y de su propia dignidad, y que conforma un espacio de seguridad para sus habitantes, con distensión y abandono de los naturales mecanismos de vigilancia y defensa (STS 853/2023 de 22 de noviembre).

También la jurisprudencia ha depurado lo que debe entenderse por casa habitada y sus dependencias (vid Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2016 y STS 972/2016, de 21 de diciembre).

Si bien las pautas jurisprudencialmente asentadas respecto al concepto normativo de casa habitada y sus dependencias, aunque fijadas

en relación al robo con fuerza, son perfectamente asumibles cuando están llamadas a operar sobre el robo violento o intimidativo, las que inciden en el fundamento de la agravación exigen matizaciones.

Ya hemos dicho que cuando de robo con fuerza en las cosas se trata, la sobreprotección viene dada por el peligro potencial para las personas y por el valor añadido de la intimidad domiciliaria.

Pero en la tipificación del robo violento o intimidativo el factor riesgo que tales modos comisivos entrañan para la vida, la integridad e incluso libertad de las personas, ya se valora con el correspondiente incremento de la pena en relación con la prevista para el robo con fuerza. Por lo que el fundamento agravatorio ahora se orienta de manera más intensa hacia la protección de la intimidad. Lo que en el panorama normativo inmediatamente anterior a la LO 5/2010 se canalizaba a través de la aplicación en régimen concursal del delito de robo del artículo 242 con el de allanamiento de morada.

Explicaba la STS 279/2022, de 23 de marzo, que el fin de protección al que responde la agravación típica por desarrollarse los hechos en casa habitada (art. 242.2 CP) «cuando se trata de robos con violencia o intimidación, no puede ser el mismo que presta justificación a la agravación en el robo con fuerza –la prevención del riesgo para la vida o la integridad física de los moradores que podrían aparecer por esas dependencias durante la comisión del delito patrimonial– pues en el robo violento o intimidatorio ese riesgo está presente en la ejecución de la propia acción».

De esta manera adquiere especial relevancia la protección de intimidad domiciliaria como espacio de privacidad, desde una perspectiva locativa. Una privacidad que comparten todos los que a modo de unidad familiar ocupan el domicilio, lo que mantiene extramuros de la agravación a quienes, en convivencia consentida con la víctima, comparten el mismo y la esfera de privacidad que acota.

Desde esta perspectiva, el criterio plasmado en la resolución recurrida, que avala la de instancia, no puede ser refrendado. Cuando, además, el especial desvalimiento en que se encontraba en este caso Rocío al ser atacada cuando estaba al abrigo de la intimidad de su propio domicilio, ya ha sido tomada en consideración como factor conformador de la alevosía apreciada.

Tampoco la tesis del Fiscal al impugnar el recurso, por mucho que resulte altamente sugerente, puede ser aceptada. Sostiene el mismo que la respuesta bien puede venir de la concurrencia de distintos bienes jurídicos para justificar la agravación del 242. 2°, en especial, la protección de ese espacio para la intimidad y privacidad, espacio en el que el recurrente se encuentra por una razón concreta: la relación de

afectividad con la víctima; relación que explica el hecho de que la víctima le hubiese permitido acceder a lo que su vivienda, lo que entiende que podría justificar un vicio en el consentimiento, pues se permitió el acceso a la vivienda con un proyecto de futuro que nada tiene que ver con la idea del recurrente en el momento de ocurrir los hechos. Aunque visto el desenlace de la convivencia cabe entenderlo así, nos enfrenta a elementos de tipicidad subjetiva en relación a la conciencia de ajenidad o retroacción del propósito depredatorio que reclama el robo, que el relato de hechos al que debemos sumisión, no nos proporciona.

(STS 702/2025, de 21 de julio).

ARTÍCULO 149 CP

Lesiones graves causadas de forma dolosa por un futbolista a otro jugador con una patada durante un partido. Resultado de lesión medular irreversible a la víctima, con una discapacidad del 80 % y una situación de dependencia total. Lo declarado probado no fue un «lance del juego», sino que fue una agresión con intención de lesionar. No cabe admitir una exclusión del derecho penal en agresiones dolosas en un terreno deportivo, fuera de un «lance de juego». «Riesgo permitido» en la actividad deportiva.

El hecho probado es delito del artículo 149 CP por el resultado lesional grave producido que consta en el factum y no es causa justificativa o eximente de responsabilidad que la conducta agresiva se haya producido durante un lance de un partido de fútbol, ya que las agresiones dolosas con intención de causar daño que, con ocasión de ello, se produzcan tienen su adecuada tipificación en el derecho penal, no en el disciplinario al tratarse de conductas típicas, como la que en este caso se declara probada, en la que un jugador de un equipo que había sido expulsado agrede después a un jugador en la forma tan violenta que se describe en los hechos probados y con un resultado tan grave como el producido.

Así, uno de los bienes que es más digno de protección es el de la integridad personal y el derecho que tiene todo ciudadano a protegerse de recibir un ataque de otro que le pueda afectar a su integridad personal, sea cual sea el lugar o lance del momento en el que ello pueda ocurrir. No existe justificación alguna en virtud de la cual un ciudadano puede agredir a otro de forma dolosa. Cuestión distinta es el choque por imprudencia, o descuido, del que se ocasionan unas lesiones.

Por ello, se ha expuesto por la mejor doctrina que la conducta deportiva que provoca lesiones y violencias conforme al reglamento, no contraviene el derecho, es decir, no lesiona el interés legítimamente protegido por el Estado (bienes jurídicos), de allí que el acto no sea punible. En realidad, se parte de la teoría de la «asunción del riesgo de la lesión», y ello debe ser así aceptado por los que son contendientes de la actividad deportiva y los que no lo son.

Pero las conductas de agresiones con dolo e intención de lesionar que puede obtenerse por la inferencia según «las circunstancias del caso» exceden del ámbito disciplinario o administrativo sancionador. Por ello, incide la doctrina que cuando se produce una lesión se está afectando a uno de los bienes jurídicos más preciados como es la integridad física de las personas, y ésta ha de tener una protección que se adecue realmente a la importancia del bien jurídico protegido en cuestión, más allá de las sanciones deportivas que a cada caso correspondan. Y ello se enraíza en el derecho penal, no en el deportivo sancionador. Y en este caso, dada la gravedad de la lesión causada en el artículo 149 CP.

Así, se diferencian las conductas en un partido de fútbol (u otra actividad deportiva de confrontación) que son consecuencia de la propia actividad deportiva en las que existen choques dentro del «lance del juego» y con ocasión del partido, de las agresiones «fuera del lance del juego» con intención de causar daño o lesión, a la hora de derivar éstas a la sanción penal y no solo deportiva.

Y la clave va a estar en lo que se denomina el «RIESGO PERMITIDO» que existe durante el desarrollo del encuentro y en los «lances del juego», pero no fuera de este contexto y al margen del mismo.

Y se añade que debemos recordar que el delito de lesiones, como todos los incluidos del título III del libro II del CP, es un delito de resultado. En esta clase de delitos tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo. Y necesariamente para que se pueda sancionar penalmente al autor es preciso que tal lesión se haya producido de forma dolosa o, al menos, imprudente. Y esto es lo que en este caso se ha producido, ya que aunque el recurrente disiente del resultado y el origen en la conducta del mismo hay prueba suficiente reflejada en la sentencia que anudan esas consecuencias lesivas a la conducta del autor sin interferencias agravatorias del resultado en otras acciones distintas a la del recurrente. Él fue quien agredió a la víctima como consta en los hechos probados y él fue el causante de la grave secuela que le ha quedado.

Lo declarado probado no fue un «lance del juego», sino que fue una agresión con intención de lesionar.

Si tenemos en cuenta que lo que se trata de proteger como bien de los ciudadanos en los delitos de lesiones es la integridad corporal habrá que evaluar, no tanto cuál ha sido el resultado producido con la acción del deportista hacia el otro con motivo del juego, sino cuál fue su verdadera intención al realizar la conducta concreta. Porque el resultado grave de la lesión podría formar parte de una acción imprudente, pero ello no podría caracterizar por sí mismo que deriváramos el hecho a la jurisdicción penal, sino que habría que poner más el acento en la intención del sujeto al realizar su acción de contacto físico con el otro deportista y evaluar si hubo intención de causar daño directo o eventual, asumiendo que con su conducta el resultado podría ser el que fue en realidad.

La clave, pues, no se puede ubicar tanto en el resultado producido, sino en la intención del autor. Y en este caso era evidente la intención de lesionar.

La imprudencia como desvalor de la acción y descuido en la conducta que causa un resultado lesivo y/o dañoso no tiene cabida en el derecho deportivo en la represión penal de estas conductas. Nótese que ponemos el acento en acción descuidada y negligente, pero ello ya tiene una respuesta en el terreno de la infracción deportiva.

La clave está en si un deportista que acude a un terreno de juego debe asumir el riesgo de una agresión dolosa. Y la respuesta es negativa. No existe una asunción del riesgo a que otro deportista lesione a otro, si no es por un lance fortuito del juego. Incluso podríamos admitir que podría aceptarse a título de imprudencia, pero no a título de dolo directo o eventual; en cuyo caso, el deportista lesionado no acepta ni consiente con su participación en el juego que otro participante pueda agredirle con dolo directo o eventual de causarle una lesión.

Pero distinto es cuando la acción es dolosa, tendente a causar un resultado lesivo y se causa. La clave, pues, no estaría en el resultado, sino en la intención del autor, ya que esta sería la clave para que si el resultado estaría en los artículos 147, 149 o 150 se debería responder en el terreno del derecho penal, y no solo en la sanción deportiva.

No cabe admitir una exclusión del derecho penal en agresiones dolosas en un terreno deportivo, fuera de un «lance de juego». Si hay agresión dolosa con intención de lesionar «fuera del lance del juego» no cabe admitir una especie de «usurpación» de la sanción deportiva en el terreno disciplinario que excluya el campo del derecho penal, que es donde se sancionan estas conductas que son delictivas, y no meramente «infracciones deportivas». El terreno de juego deportivo

no es un lugar donde quepa agredir con intención de lesionar. Otra cosa es que en el «lance del juego» se produzcan hechos que, por el acaloramiento de la disputa deportiva, tienen su esfera sancionadora en el terreno deportivo disciplinario y no en el penal, que opera en lo que los anglosajones denominan «out of the game».

De esta manera, cuando el deportista actúa con dolo directo o eventual de lesionar fuera del lance del juego habría derivación al derecho penal de la actuación deportiva, y quedaría en el terreno de la sanción deportiva en el resto.

En este escenario, ello exigiría acudir al terreno de la inferencia, ya que esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que «la intención no se puede fotografiar» y habría que concretar que esa intención debe obtenerse de la forma en que ocurre el suceso, de la conducta del sujeto, de la forma de la acción, de cómo se desenvuelve el lance del juego, y que en el terreno del deporte contamos con un factor de prueba que es fundamental, cual es la grabación de la secuencia completa de la acción desplegada que va a permitir contar con una prueba contundente mejor, si cabe, que el ojo humano, o los testigos, cual es la grabación de la imagen y secuencia completa del hecho, y que va a permitir concluir si en la acción desplegada existió dolo directo o eventual, o no existió, a fin de poder derivar el hecho a la vía penal o dejarlo en el terreno de la infracción meramente deportiva.

Por ello, la presencia, o no, del denominado animus laedendi (intención de lesionar) es determinante a la hora de castigar penalmente, o no, las lesiones producidas en el transcurso de cualquier partido.

Con ello, se pone el acento en el concepto de «lesión dolosa» que, indudablemente, participará, también, de una infracción deportiva en el ataque del autor del delito, por cuanto es la premisa básica para que exista delito al haberse primero infringido la norma deportiva, pero con una conducta que trasciende de la mera infracción deportiva para tener entrada en el terreno del derecho penal.

Sobre todo ello, la doctrina italiana creó la noción del delito deportivo para referirse a los sucesos con resultado grave en ocasión de un deporte. Pero insistimos que se parte del error de poner el acento en el resultado cuando éste debe resultar irrelevante a la hora de considerar si se trata de un delito en el deporte, o una mera irregularidad deportiva a sancionar por la federación deportiva correspondiente. La clave, como decimos, no está en la entidad del resultado lesivo, sino en cuál fue la intención del sujeto autor.

Y en este caso concreto fue clara la intención del autor tal y como se describe en el factum dando lugar a la condena por el delito del artículo 149 CP. No puede existir un «riesgo permitido» de que todo

pueda darse en la práctica deportiva, ya que ese riesgo a la lesión causada con dolo no se asume por los contendientes en el deporte.

No puede apelarse a una especie de teoría del «consentimiento individual del deportista lesionado» para que este hecho haya ocurrido, porque el deportista que ha tenido una lesión en la práctica del deporte no ha dado ni consentimiento expreso ni tácito a que un conteniente le agreda con dolo directo o eventual con clara intencionalidad de causarle daño y/o una lesión. El deportista lesionado no legitima ni autoriza a que le agredan. Da su consentimiento a competir, pero no a que le agredan, porque ello no está admitido ni concebido en el deporte.

Bajo este prisma cuando los deportistas salen a un terreno de juego en cualquier modalidad deportiva de «enfrentamiento» no están dando una especie de autorización sin límite a que utilicen su cuerpo en el desarrollo del deporte para poder agredirles con intención de lesionar. La lesión, o la conducta contundente, puede surgir como un desenlace del juego, o por caso fortuito y pueden concurrir ambos jugadores en un choque o golpe y uno de ellos resulte lesionado. Pero si en estos casos la lesión es un lance del juego motivado por un «encontronazo» no cabe acudir al delito de lesiones, pero la agresión dolosa con intención de causar daño no deviene justificada por ningún consentimiento, porque no existe el consentimiento de un deportista a otro a que le lesione con intención de hacerlo. Como decimos, la clave está en el RIESGO PERMITIDO, que es aquél que asume cualquier deportista de resultar lesionado «con ocasión de la práctica deportiva» y en ajenidad a un elemento intencional de que un contrario le cause una lesión de forma dolosa.

Su consentimiento es a la práctica deportiva y asume el riesgo de resultar lesionado en el ejercicio del deporte, pero no autoriza a que con intención dolosa otro deportista le acabe lesionando con expresa y manifiesta intención de hacerlo. Esto desborda que la respuesta se quede en el «derecho deportivo», porque la práctica del deporte no puede acabar legitimando que en un terreno de juego exista una especie de «cúpula de cristal» donde todo se pueda hacer con intención de causar lesión y con la pretensión de que el derecho penal mire hacia otro lado. Ello sería tanto como decir que en un terreno de juego de cualquier deporte existe una especie de principado donde todo se puede hacer vulnerando bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico y aislando al derecho penal para que no pudiera entrar en agresiones dolosas con intención de causar daño, bajo una especie de cobertura del principio de intervención mínima del derecho penal, al punto de que con la «sanción deportiva» quedara resuelto un hecho que es cons-

titutivo de delito si esa misma conducta de agredir a otro con intención de causar lesión se llevara a cabo fuera de un recinto deportivo.

Con ello, la «localización» del terreno de juego, y fuera del «lance del juego» no crea una especie de «urna de cristal intraspasable al derecho penal» si existe agresión con «intención de lesionar» clara y explícita.

Los jugadores en un deporte aceptan los riesgos inherentes a la actividad, lo que se conoce como el principio del «consentimiento implícito», y la teoría del «riesgo permitido», pero no hay una extensión a una especie de «consentimiento a que otro deportista les agreda con intención de causarles daño y lesionarles». La clave, como decimos, está en la intención obtenida por la inferencia y en el «riesgo permitido».

Puede existir un «riesgo consentido» por la víctima al practicar libremente la disciplina deportiva, pero no hay «riesgo consentido» a que lesionen a un deportista, profesional, o no, a que le lesionen con clara y explícita intención dolosa de hacerlo. El límite se posiciona en el «lance del juego», y puede, incluso, que en estos, y llevado por el acaloramiento del choque se produzcan acciones excesivas que puedan causar daño, pero ello lo es en «derivación del mismo lance del juego» y su sanción es deportiva, no penal, que queda «extramuros» del «lance del juego» y solo sometida a actuaciones dolosas con intención de lesionar y fuera de la propia acción deportiva.

Si esto ocurre, la acción y conducta del sujeto es típica en el delito de lesiones y antijurídica, así como culpable, porque no puede estar amparada en ninguna causa de justificación que mitigue, o anule, la culpabilidad del sujeto, y, por ello, la conducta es punible.

No puede hablarse de una especie de «ejercicio legal de un derecho a lesionar» ya que actuar en una competición deportiva no conlleva un derecho a actuar con intención de lesionar a un contrincante en esa práctica deportiva.

Actuar en una competición deportiva no conlleva un derecho a agredir con intención de lesionar a un contrincante en esa práctica deportiva, por lo que no resulta admisible que operen causas de justificación para poder amparar o dar cobertura exoneradora de responsabilidad a acciones realizadas con intención de lesionar a un tercero.

La clave estará en determinar lo que es el «lance del juego», la «lex artis», o el «caso fortuito»; es decir, todo lo que es ajeno al dolo de actuar agrediendo dolosamente al contrario con la intención de lesionar, aunque lo cause, o no, ya que la clave del ilícito va a estar en la acción de intentar lesionar, el «animus laedendi», más que el resultado, aunque la punición se fije en atención a cuál es el resultado. Pero si nos movemos en el terreno de si el reproche es disciplinario o penal

nos tendremos que mover en el terreno de la acción más que en el resultado; es decir, acerca de cuál fue la idea que movió al deportista a actuar de esta manera concreta como lo hizo.

Así, si la lesión ocurre durante una jugada que está dentro de las reglas del juego, no se considera un delito ni una responsabilidad penal, ya que el riesgo es parte de la actividad deportiva.

[…] Con todo ello, si el hecho ocurre fuera de «un lance del juego» y se desprende del hecho probado, como aquí consta, que se trató de una agresión evidente en un golpe doloso y con clara intención de agredir, no es el resultado lo que determina el ilícito en sí mismo considerado, sino la intención del autor. Otra cosa es que el resultado determine la ubicación concreta en uno u otro tipo penal dentro del delito de lesiones por su resultado, pero la clave es evaluar la intención del autor, para lo que puede ayudar en su resolución si el hecho fue «al margen de un lance del juego», que es lo que en este caso ocurrió.

Por ello, no es delito si la lesión ocurre dentro de las reglas del deporte como «lance del juego», y es un riesgo inherente de la actividad.

No cabe permitir que el deporte sea una especie de «paraguas» para utilizarlo atacando el bien jurídico de la integridad física de las personas que, como deportistas, también tienen derecho a obtener la tutela y protección del ordenamiento jurídico para no considerar las dimensiones de un terreno deportivo como centro de operaciones donde no opere la «gravedad del derecho penal».

No cabe, por ello, una protección del ordenamiento jurídico, ni una exclusión de afectación al bien jurídico protegido de la integridad personal, basándose en la existencia de un espectáculo deportivo y con ocasión de una acción en el mismo.

Señalar, por último, que a estos criterios ya recurrió esta Sala del Tribunal Supremo en dos sentencias en las que se condenó por la vía penal. Así, cabe citar la sentencia de esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo de fecha 1 de Junio de 1951, en la que el defensa de un equipo que perdía por 5 goles a 1 propina a un jugador del equipo contrario una patada, fruto de su frustración y desolación, provocándole una rotura de hígado y riñón. En este supuesto, esta Sala entendió que no hubo intención de jugar el balón, teniendo lugar una clara infracción del reglamento deportivo y, por ello, condenó al agresor por un delito de lesiones. Posteriormente, esta Sala 2.ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de Octubre de 1992 señaló que en materia de juegos o deportes la idea de riesgo que cada uno de ellos pueda implicar –roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.–, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que

de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas dolosas o culposas. En la misma línea, Audiencia Provincial de Asturias, Sección 8.ª, Sentencia 82/2024 de 7 May. 2024, Rec. 12/2024.

Estas dos sentencias de esta Sala han sido referente en materia de lesiones deportivas, aunque habrá que estar al caso concreto como en la presente conducta del autor con clara intención de causar daño al contrario.

La clave estará en el «riesgo permitido» para referirnos al «aceptado» por el deportista que compite en un terreno de juego para que opera como una especie de «consentimiento informado en la práctica del deporte» a sufrir una lesión por una acción del contrario que está enmarcada en un «lance del juego» y con ocasión del mismo. Se asume sufrir una lesión, porque el deporte es una actividad del riesgo y en la gestión de ese riesgo está la asunción de la lesión como una consecuencia inherente a la práctica del deporte, pero no es «riesgo permitido» la agresión recibida por el contrario en una acción fuera del «lance del juego», que queda fuera de la sanción deportiva y entra en el campo del derecho penal.

Se pueden fijar, así, como criterios orientativos:

1. La práctica de una actividad deportiva de competición no es un habilitante o una eximente o atenuante analógica de responsabilidad penal para que un deportista pueda agredir a un contrario en la práctica de un deporte, con intención de causar daño o lesión. La competición deportiva no es un título legitimador para la comisión de un delito de lesiones.
2. El hecho de que la agresión intencionada se produzca durante la práctica de una competición deportiva, pero fuera del lance del juego, no supone la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal y la derivación a la sanción deportiva.
3. Hay que acudir para evaluar la ilicitud penal a la intencionalidad de la acción, –que se deduce por la inferencia– más que el resultado, el cual permitirá configurar la tipicidad concreta, pero una vez que se haya predeterminado la ilicitud penal del hecho por el ánimo de lesionar en la conducta del autor. Así, la presencia o no de animus laedendi (intención de lesionar) es determinante a la hora de castigar penalmente, o no, las lesiones producidas en el transcurso de cualquier encuentro deportivo.
4. Es delito de lesiones si la agresión supere el nivel de riesgo asumido por la víctima y se encuadra en los elementos del delito de lesiones en cualquiera de sus modalidades de los artículos 147 y ss. CP.
5. La normativa en materia de sanciones deportivas ante una agresión intencionada para causar lesión no supone un «escudo» para

derivar el hecho a la vía disciplinaria deportiva, al existir prejudicialidad penal.

6. No puede hablarse de una especie de «ejercicio legal de un derecho a lesionar» ya que actuar en una competición deportiva no conlleva un derecho a actuar con intención de lesionar a un contrincante en esa práctica deportiva.

7. La práctica del deporte no puede acabar legitimando que en un terreno de juego exista una especie de «cúpula de cristal» donde todo se pueda hacer con intención de causar lesión y con la pretensión de que el derecho penal mire hacia otro lado.

8. No resulta admisible que operen causas de justificación para poder amparar o dar cobertura exoneradora de responsabilidad a acciones realizadas con intención de lesionar a un tercero fuera de un lance del juego.

9. No cabe apelar en estos casos a la eximente del artículo 20.7 CP cuando existe intención de lesionar al contrario. El ejercicio de la práctica deportiva no convierte en impunes las conductas que reúnan los requisitos del delito de lesiones al no existir amparo en la competición deportiva para utilizarla como «ejercicio de un oficio» que se utilizaría como «excusa» para delinquir.

10. La clave estará en el «riesgo permitido» para referirnos al «aceptado» por el deportista que compite en un terreno de juego para que opere como una especie de «consentimiento informado en la práctica del deporte» a sufrir una lesión por una acción del contrario que está enmarcada en un «lance del juego» y con ocasión del mismo. Se asume sufrir una lesión, porque el deporte es una actividad del riesgo y en la gestión de ese riesgo está la asunción de la lesión como una consecuencia inherente a la práctica del deporte, pero no es «riesgo permitido» la agresión recibida por el contrario en una acción fuera del «lance del juego», que queda fuera de la sanción deportiva y entra en el campo del derecho penal.

En este caso se trató de una acción fuera de un «lance del juego» y supone la vis atractiva del derecho penal por encima de la sanción deportiva.

(STS 379/2025, de 30 de abril).

ARTÍCULO 172 CP

Coacciones. Inexistencia de delito. Madre que impide de manera reiterada la comunicación y contacto de su expareja con el hijo común y

lleva a cabo actividades tendentes a imponerle su voluntad sobre la custodia del mismo. Ausencia del elemento típico de la violencia o intimidación, entendida como acto de intimidar, de amenazar, asustar o atemorizar a otro, es decir, la vis compulsiva ejercida sobre el sujeto pasivo.

La condena que se pretende por el recurrente es el delito de coacciones, y hemos declarado que la protección de la libertad amparada en el artículo 172 del Código Penal castiga la conducta de quienes impidan a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compelan a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, imponiendo las penas en su mitad superior cuando tal coacción tenga por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Los requisitos tipológicos que configuran las coacciones se resumen en: 1) Empleo de violencia con una cierta intensidad, que comprenda alguna de las tres posibles modalidades de «vis physica», «vis compulsiva» o intimidación, o bien, con alguna modulación, «vis in rebus»; 2) Dinámica comisiva dirigida a impedir hacer o compeler a efectuar; 3) Relación de causalidad entre ambos elementos; 4) Elemento subjetivo, determinado por la finalidad de atentar contra la libertad, como ánimo tendencial de restringir la libertad ajena; y, por último, 5) Ausencia de autorización legítima para obrar de forma coactiva.

El delito se consuma en el mismo momento en que se compele a realizar lo no querido o a impedirle hacer lo que desea (STS 595/2012, 12 de Julio). Se trata de una conducta violenta dirigida al constreñimiento de la voluntad y el resultado y la consumación se producen cuando empleado el medio se ha producido la coerción sobre la voluntad ajena (SSTS 984/1995, de 6 de octubre, 1382/99, de 29 de septiembre y 1523/2000, de 7 de octubre).

[…] De los hechos probados resulta una discrepancia en la guarda y custodia del menor, y un deseo de la madre, la aquí acusada y recurrida, de querer instrumentalizar a su hijo, pero esto, aun siendo ciertamente reprochable, todavía no puede traspasar los muros del derecho penal, porque lo impide la mecánica comisiva que se diseña en el artículo 172 del Código Penal, que exige fuerza para compeler al sujeto pasivo a comportarse de un modo no querido por él.

Si analizamos los hechos probados, narran la ruptura de la pareja y la existencia de un hijo común, llamado Justo.

A pesar de afirmarse que la acusada ha venido impidiendo de manera reiterada la comunicación de Florian con su hijo, y llevando a cabo múltiples actividades tendentes a imponer su voluntad sobre Florian, tratando de conseguir por una parte que abandonara el domicilio

familiar y la firma de unos términos ventajosos en relación con la custodia del hijo menor, impidiendo la relación del menor con su padre como forma de instrumentación para tal fin, es lo cierto que no se describe adecuadamente el empleo de la fuerza necesaria, fuera de expresiones genéricas como que no entrega el menor al padre, «manteniendo de nuevo al padre un periodo de 17 días incomunicado con su hijo, salvo llamadas puntuales que pudo realizar». Más adelante, se relata que la acusada «llegó a decirle a Florian que si quería ver a su hijo, firmara un acuerdo renunciando a la custodia».

Relata la Sentencia en sus hechos probados que el padre se vio así compelido a firmar una serie de documentos que se citan sobre «las imposiciones de la acusada para poder ver a su hijo», sin más detalles al respecto.

Únicamente se describe el hecho siguiente:

«En fecha 25 de junio de 2017, la acusada impidió a Florian acceder al domicilio familiar, abalanzándose sobre él desde la oscuridad, cuándo éste entró, asustándole y tratando de cerrar la puerta, intentando Florian mantenerla abierta, para que estuviera presente el testigo que había llevado para protegerse».

Para llegar al resultado absolutorio que decreta la Audiencia, emplea tal órgano jurisdiccional el siguiente razonamiento:

«En cualquier caso, resulta elemento esencial y constitutivo de las coacciones en las que concurre la intimidación o "vis phyquica" que exista el anuncio o la advertencia de un mal como perjuicio inminente y la causación de miedo o temor en su destinatario. Pretender ostentar un mejor derecho para el ejercicio de la guarda y custodia del hijo común, o ejercitar dicha facultad de manera exorbitada, cuando las partes no acuden al ámbito judicial para que dirima sus diferencias y establezca de forma clara y definitiva los términos de la comunicación con el hijo común, no supone limitar propiamente la libertad de decidir del denunciante, en el sentido que exige el tipo de la coacción, sino una situación interina de falta de acuerdo con ejercicio abusivo de un derecho por una de las partes que lo ostentan, en detrimento de la otra. En ese periodo de falta de acuerdo para una relación normalizada con el menor, tratar los términos de la guarda y custodia, llegando a proponer situaciones objetivamente perjudiciales para uno de los implicados, no puede interpretarse como una amenaza eficaz en orden a llegar a integrar el tipo penal, sobre todo, en su manifestación más grave, que es la que recoge la sentencia apelada que sólo refiere la intimidación en los hechos probados como conse-

cuencia de las trabas en la comunicación con el hijo y no con la descripción de un elemento de constreñimiento concreto, más allá de lo que describe como el efecto de la coacción y no la causa: el propio impedimento de comunicar con el menor».

En este razonamiento coincide de igual forma el Ministerio Fiscal, en esta instancia casacional, resaltando que no se da el elemento típico de la violencia o intimidación (entendida como acto de intimidar, de amenazar, asustar o atemorizar a otro, es decir, la vis compulsiva ejercida sobre el sujeto pasivo). Y apostillando que, existiendo, como es el caso, la vía jurisdiccional civil en los Juzgados de Familia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 770.6 y 771 de la LEC, que establecen la adopción de medidas previas a la interposición de la demanda (las antiguas medidas provisionalísimas), la vía de la tipificación de este supuesto como delito de coacciones parece extramuros del tipo penal.

Nosotros, sin embargo, no podemos condicionar la inexistencia de delito porque exista en el futuro una vía civil de eventual prosecución, en tanto que el delito puede cometerse antes de que se judicialice un asunto, y con independencia de tal contingencia, porque sanciona acciones de compulsión violenta, que no pueden quedar neutralizadas por el futuro encauzamiento por la vía judicial que resulte pertinente. Dicho con otras palabras, el delito de coacción se puede cometer aun antes de compeler a la otra parte a acudir a los tribunales, pues no depende de ello, sino de la fuerza física empleada para conseguir del resultado antijurídico de imponer conductas no queridas.

De modo que, en nuestro caso, la situación, no hay duda alguna, es conflictiva, pero ello no permite naturalmente a las partes, tomándose la justicia por su mano, iniciar una vía de hecho.

Hay cauces legales y de acercamiento amistoso entre las partes (la mediación es uno de ellos) que posibilitan la resolución de los conflictos, fuera de todo enfrentamiento violento.

Pero hemos dicho que la compulsión que requiere el tipo penal es de naturaleza de vis physica, intimidación, o también, en ciertos supuestos excepcionales, de vis in rebus, pero en nuestro caso, salvo el episodio final que es más propio de un encontronazo ocasional entre las partes enfrentadas, padre y madre del menor, que de la comisión de un delito, máxime cuando no se narra el final, esto es, si finalmente se llegó a realizar la comunicación pretendida con el menor, o se impidió ésta. Dicho con otras palabras, nos faltan datos en la descripción de los hechos para llegar a la aplicación del derecho penal. Por ello, el motivo no podrá ser estimado.

(STS 1023/2025, de 11 de diciembre).

ARTÍCULO 180 CP

Agresión sexual. Acceso carnal no consentido. El acusado obligó a su pareja a someterse a prácticas vejatorias, bajo amenaza de difundir vídeos de actos sexuales consentidos entre ambos grabados sin el consentimiento de la mujer. Subtipo agravado de intimidación por uso de un clima de temor que anula toda capacidad de resistencia.

En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis phisica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima.

El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males.»… En definitiva, mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio».

Por ello la línea diferencial entre el delito de agresión sexual y el de abuso sexual queda verificado por la concurrencia o no de violencia o intimidación. En ambos casos, evidentemente, no hay consentimiento. La violencia es un acto claro de empleo de la misma sobre el cuerpo de la víctima, no exigiéndose un acto causante de una lesión, sino el empleo coercitivo, utilizando un movimiento sobre una parte del cuerpo de la víctima por el que intente vencer su voluntad, como puede ser cogerle de las manos de forma fuerte para vencer su resistencia a llevar a cabo el acto sexual, o ponerse encima de la víctima tras haberla arrojado al suelo. No se exige un resultado lesivo con el empleo de la violencia, sino su mero uso sobre alguna parte del cuerpo de la víctima para someterla y vencer su oposición, por lo que valdría cogerle por las muñecas o brazo de forma fuerte para que no se pueda mover, o esca-

par y atacar a su libertad sexual. Mientras tanto, en el abuso sexual no hay ningún empleo de violencia o intimidación. De ahí que esta Sala del Tribunal Supremo haya señalado en SSTS 396/2018, de 26-7; 610/2018, de 3-12; 3/2019, de 17-1, que cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significado sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena.

Nótese que en estos casos no estamos exigiendo ni violencia ni intimidación para llevar a efecto ese acto, por lo que el caso típico son los meros tocamientos en parte sexual, pero sin violencia o intimidación, por lo que si ese acto de ataque a la libertad sexual se lleva a cabo con actos ejecutivos contra la voluntad de la víctima, pero que impliquen violencia o intimidación nunca podrá tratarse de meros abusos sexuales y sí de actos de agresión sexual. El empleo de la violencia se evidencia por:

1. Ausencia de consentimiento de las víctimas, manifestada claramente en los hechos probados.
2. Empleo de violencia o intimidación.
3. Actos que suponen ataque a la libertad sexual de la víctima.

Si en los ataques a la libertad sexual existe también la ausencia de consentimiento, pero no se emplea violencia o intimidación, el acto integra un delito de abuso sexual.

La STS 145/2020, de 14-5, precisa las características de la intimidación típica. Incluida la ambiental. Elabora con precisión el concepto de violencia emocional. Lo hará con estas expresiones:

«En el delito de agresión sexual, tampoco se consiente libremente, pero aquí el autor se prevale de la utilización de fuerza o intimidación (vis physica o vis moral), para doblegar la voluntad de su víctima. El autor emplea fuerza para ello, aunque también colma las exigencias típicas la intimidación, es decir, el uso de un clima de temor o de terror que anula su capacidad de resistencia, a cuyo efecto esta Sala Casacional siempre ha declarado que tal resistencia ni puede ni debe ser especialmente intensa. Basta la negativa por parte de la víctima, pues para el delito de agresión sexual es suficiente que el autor emplee medios violentos o intimidatorios. Por eso hemos declarado en STS 953/2016, de 15 de diciembre, que la intimidación empleada no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles

o de gravedad inusitada. Basta que sea suficiente y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que –sobre no conducir a resultado positivo–, podrían derivarse mayores males».

Igualmente en la STS 282/2019, de 30-5, hemos señalado que el concepto del vencimiento psicológico propio de la intimidación, recordando que: «la emotional violence» anglosajona, o «violencia emocional», es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea «evidente» ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa «violencia emocional» de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocurrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como «intimidación», y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una «fuerza no física», sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito…- En la «intimidación», vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

El juicio de voluntades es mutuo en el acceso carnal, no unilateral por el propio agresor, ya que esta unilateralidad del acto unido al empleo de violencia e intimidación, como en este caso ocurrió, es lo que determina la existencia de la agresión sexual, y no el abuso.

Señala la doctrina que la intimidación, según el Diccionario de la Real Academia, equivale a «causar o infundir miedo», se trata de la llamada vis psicológica y consiste en amenazar con un mal mediante palabras, gestos u otros procedimientos, debiendo provocar temor en el destinatario, del que se aprovecha el agente para la perpetración de la agresión.

Como han puesto de manifiesto, entre otras, las SSTS de 18 de diciembre de 1991, 24 de febrero de 1993 y 25 de marzo de 1994, la

violación mediante procedimiento intimidatorio supone el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza, amedrentamiento o uso de vis compulsiva, que compele a ceder a los propósitos lascivos del agente ante el anuncio o advertencia de un mal inminente y grave, racional y fundado, capaz de provocar la anulación de los resortes defensivos contrarrestadores de la ofendida, perturbando seria y acentuadamente su facultad volitiva.

Supone por tanto un constreñimiento psicológico, o una amenaza de palabra u obra de causar un «daño injusto, posible, irreparable y presente que infunde miedo en el ánimo de la víctima produciéndole una inhibición de la voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega».

En el supuesto que se analiza, existió intimidación de una víctima especialmente vulnerable y sumisa, a la que se introdujo en un contexto sexual no deseado, abusando de su cultura de aceptación y resignación, intimidándola con distribuir en redes sociales vídeos de sí misma manteniendo relaciones sexuales, lo que motivó en la víctima un temor tan profundo por la degradación que su imagen sufriría, que contra su voluntad soportó las penetraciones por el año y vaginal que la imponía el recurrente.

La utilización de guantes, palo de escobilla y un rodillo de amasar el pan y su introducción por el ano, evidencian la violencia del acto sexual impuesta y no aceptada. Negada la complacencia y el agrado, la utilización de esos útiles e instrumentos evidencia la imposición del encuentro sexual.

Como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, «la contemplación de los vídeos y el llanto y súplica de la mujer, las lágrimas de la víctima que pedía la eliminación del rodillo, y sus palabras "sácalo por favor", "mucho dolor" "déjame tranquila", revelan la violencia e intimidación de la asimétrica y brutal relación. Las secuelas psicológicas, también. La víctima fue amenazada, intimidada y violentada».

(STS 1030/2025, de 12 de diciembre).

ARTÍCULO 187 CP

Explotación de la prostitución. Inexistencia de delito. Acusados que favorecieron el ejercicio de la prostitución de la denunciante para de esa forma obtener los máximos beneficios y vivir a sus expensas.

Este precepto admitía dos interpretaciones posibles, como señaló la STS 552/2015, de 23 de septiembre. Una en clave abolicionista de

la prostitución que llevaría a sancionar con aquellas penas a todo el que, en cualquier caso, obtuviera un beneficio económico del ejercicio de la misma por otra persona, incluido, por tanto el voluntario. Y otra que, partiendo de la conexión normativa de las dos conductas típicas mencionadas en el artículo 187 CP, integraba la segunda con la primera reservando la sanción, de manera exclusiva, para la explotación del ejercicio no libre de la prostitución ajena.

La clave interpretativa de este precepto estaba en el vocablo «explotación» y señaló esta Sala que no bastaba con que el sujeto activo obtuviera un beneficio de la prostitución ejercida por otra persona sino que lo hiciera mediante explotación, entendiendo por tal cuando el lucro se asocia a la actividad de una persona que ha sido determinada, es decir, forzada o constreñida a prostituirse en alguno de los modos relacionados en el primer inciso del artículo 187 CP que son la violencia, la intimidación, engaño, el abuso de superioridad, el abuso de una situación de necesidad, o el aprovechando la vulnerabilidad de la víctima.

El Legislador, a la vista de esta interpretación jurisprudencial, consideró necesario precisar el concepto de explotación y lo hizo mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En su Exposición de Motivos se justificó la modificación legislativa «con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurran determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal».

En el texto normativo se precisó que concurría la situación de explotación cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica y cuando se le impongan condiciones de ejercicio de la prostitución gravosas, desproporcionadas o abusivas.

En este caso el lucro de los acusados se concreta a partir de 2013, cuando la denunciante se instaló en la vivienda de Barcelona y quedó embarazada hasta febrero de 2017. En ningún momento se afirma que la denunciante estuviera en situación de vulnerabilidad personal o económica o que ejerciera la prostitución en las perjudiciales condiciones a las que se refiere el precepto citado. Se sanciona a los acusados simplemente porque favorecieron el ejercicio de la prostitución de la denunciante para de esa forma obtener los máximos beneficios y vivir a sus expensas, pero esa conducta, siendo del todo reprobable, no es constitutiva de delito.

La relación de pareja emerge con especial significación, en ese contexto. El hecho de que el acusado conociera el ejercicio de la prostitución de su compañera, anterior incluso a la relación entre ambos y que prosiguió una vez cesó la misma, y que los ingresos de esa actividad fueron los únicos que nutrían la convivencia familiar, no es suficiente para colmar la tipicidad en los términos que hemos expuesto. Tipicidad que se diluye en mayor medida en quien se dedica a cuidar al hijo de la denunciante para que ésta pudiera dedicarse al ejercicio de la prostitución, sin mayor especificidad.

(STS 301/2025, de 31 de marzo).

ARTÍCULO 301 CP

Blanqueo de capitales por imprudencia. Prestar el teléfono para recibir cantidades de dinero mediante Bizum, sin conocer ni representarse su origen delictivo o detallarse la diligencia mínima infringida, no integra el delito de blanqueo de capitales por imprudencia.

Con respecto al primer gravamen, hemos de reiterar (STS 21 de enero de 2021) que el injusto imprudente del delito de blanqueo reclama concretar o referenciar determinativamente el incumplimiento de dos deberes normativos principales relacionados en términos de interdependencia condicionada: uno, el deber de evitación del resultado de favorecer una precedente actividad delictiva mediante alguna de las acciones que se describen en el tipo objetivo del artículo 301.1° CP; otro, el deber de activar los mecanismos instrumentales de comprobación, indagación y representación sobre el origen del bien o el dinero recibido.

Siendo el incumplimiento de este segundo requisito la consecuencia de una conducta gravemente descuidada del agente, la que da esencia al blanqueo imprudente (tipo, por lo demás, habitualmente doloso), pero que el legislador ha querido también incluir en él los comportamientos más indolentes, bajo la fórmula del blanqueo imprudente, incluyendo la gravedad en su conducta, y salvaguardando el bien jurídico protegido por la norma.

Ahora bien, como toda fórmula de injusto imprudente debe examinarse la capacidad individual del agente de advertir y evitar el peligro. Para responder penalmente por un delito imprudente, la persona debe no solo haber introducido un peligro no permitido que se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma. Además, la creación del peligro no permitido y el nexo o conexión con el fin de protección,

deberían haber sido advertidos subjetivamente por el autor y el resultado, en consecuencia, poder haber sido también evitable.

La imprudencia se determina, por tanto, con arreglo a un doble baremo: por un lado, debe preguntarse qué comportamiento era el objetivamente debido en una determinada situación de peligro de lesión del bien jurídico. Y, por otro, si este comportamiento puede ser exigido al autor atendidas sus características y capacidades individuales.

Lo anterior comporta, de forma necesaria, identificar los concretos deberes de previsibilidad que obligaban a quien introdujo el riesgo desaprobado y, desde luego, las condiciones personales y situacionales para cumplirlos.

Pero no solo. La exigencia típica de gravedad de la conducta imprudente exige una valoración cuantitativa y cualitativa del grado de incumplimiento para lo que resulta necesario atender tanto a los contenidos de los respectivos deberes relevantes y la eficacia causal de su incumplimiento en la producción del resultado como a las concretas y situacionales condiciones de exigibilidad –*vid*. al respecto, STS 997/2013, de 19 de diciembre, que analiza con detalle, desde la perspectiva de la exigibilidad individual, un supuesto de blanqueo de capitales imprudente–.

Lo que, insistimos, no puede hacerse desde una aproximación presuntiva y generalista. Lo prohíben los principios constitucionales de presunción de inocencia y de culpabilidad.

En el delito de blanqueo por imprudencia las preguntas sobre por qué el agente pudo prever, por qué hubiera podido y debido prever el resultado, deben responderse analizando todos los planos de imputación: el fáctico-causal y el normativo.

Y esto es lo que se echa en falta en este caso.

Debe identificarse, a partir de la prueba practicada en el plenario, de qué información dispuso efectivamente el agente; de cuál podría haber dispuesto en términos situacionales; qué mecanismos de indagación o comprobación sobre el origen del bien podría haber activado; cuál era el contenido objetivo de la acción requerida; qué elementos normativos de producción condicionaban la ejecución de dicha acción; sobre qué máximas de experiencia socio-culturales valoró el agente la información recibida; qué tipo de precauciones adoptó a la hora de desarrollar la acción que introdujo el peligro; qué tipo de relación mantenía o mantuvo con la persona de la que procedían los bienes de origen delictivo.

Y, además, debe medirse la gravedad porque solo la conducta gravemente imprudente resulta penalmente relevante. Debiéndose considerar por tal la que ignora un riesgo sustancial de que se produzca el

resultado prohibido a consecuencia de dicha conducta. Riesgo que por su naturaleza y grado haga patente que la indiferencia del actor, atendidas las circunstancias que conoce o debía conocer, supone una grave desviación del estándar de conducta que una persona respetuosa con la norma observaría en su situación.

Desde esta perspectiva, únicamente se reprocha en la sentencia recurrida, de forma general, que el recurrente omitió los más elementales deberes de cuidado (FJ Quinto) al facilitar su teléfono para las remesas, aceptar y recibir en su cuenta bancaria, a través de la aplicación de Bizum, sumas de una persona desconocida para él, aunque identificada con su nombre, por lo que el acusado incumplió el deber de cuidado que impone el artículo 301.3.º del C. P., en tanto desconociera la concreta procedencia del dinero.

Los hechos probados declaran lo siguiente: «sin conocer ni representarse el origen delictivo del dinero que iban a recibir, pero infringiendo la diligencia mínima imprescindible».

En efecto, conforme alegan los recurrentes no se concretan más detalles, solamente que se han recibido ciertas cantidades de dinero por Bizum, pero no se identifica el delito de donde procede el dinero, ni la infracción de la norma de cuidado, que debiera dar como resultado que el agente pudiera representarse no ya de que el dinero procede de un delito, sino de qué delito se trata, como exige el tipo penal doloso (y por extensión, en el imprudente, la conducta consiste en permanecer indiferente ante tal eventualidad delictiva, pero no tomada de forma general, sino específica, toda vez que el tipo imprudente tanto funciona en el tipo básico como en los supuestos específicamente agravados).

Aunque es válida tanto la culpa consciente como la culpa inconsciente, el precepto exige que se identifique o concrete claramente cuál es deber de diligencia infringido.

En suma, lo que el legislador criminaliza es incumplir el deber de cuidado, y propiciar el camuflaje del dinero de procedencia delictiva, y todo ello, la mayor parte de las veces, mediante la obtención de una ventaja económica (sin embargo, no requerida en el tipo, ni doloso ni imprudente).

Ahora bien, una cosa es la ventaja económica que obtendrá el agente, no definido en el tipo, y otra la cuantificación de los capitales blanqueados, aspecto éste del que trataremos seguidamente.

[…] Como vemos, ni en los hechos probados, ni en la fundamentación jurídica, se expone concretamente cuál fue la diligencia mínima imprescindible que ocasionó el delito y que constituye la infracción del deber de diligencia grave que exige el tipo penal.

Si no conocían el delito de donde procedían los bienes, al menos nada de ello se expone en los hechos probados, ni tampoco pudieron

imaginarse tal procedencia delictiva (que en nuestro caso tampoco se explica), por no «conocer ni representarse el origen delictivo del dinero que iban a recibir», conforme se afirma en el factum, no puede cumplirse el requisito de la tipicidad de la conducta, base del principio de legalidad, pues lo único que se afirma es que prestaron sus teléfonos para recibir ciertas cantidades mediante Bizum que después retiraron de sus cuentas. Esto solo, es insuficiente para colmar las exigencias típicas del delito enjuiciado.

Así, en el caso de Luis, movido por un fin económico, facilitó los datos necesarios para que los terceros desconocidos ejecutasen las transferencias, sin conocer ni representarse el origen delictivo del dinero que iban a recibir, pero infringiendo la diligencia mínima imprescindible.

Como es de observar, en dicho supuesto, no se describe tal diligencia mínima exigible, en cantidades que son muy exiguas para la comisión de un delito de blanqueo de capitales, pues por «capitales» difícilmente puede comprenderse una suma de 2.000 euros (cuatro ingresos e 500 euros), y mucho menos en lo que concierne al Sr. Nicanor, que son 740 euros.

La STS 224/2024, de 7 de marzo, enfatiza que con la base que representa la terminología legal, blanqueo de capitales, que es la elegida como leyenda que encabeza el capítulo correspondiente del cuerpo normativo y la filosofía que inspira la represión de esas conductas (que tiene que ver con la protección del mercado y la economía, con el orden socioeconómico), se entiende bien que solo exista blanqueo punible cuando las cantidades o bienes manejados adquieran cierta significación.

No alcanza ese rango la cifra a que se refieren los hechos. Negocios de bagatela, de cuantía insignificante, no son típicos. Una lectura del precepto en clave teleológica, asentada en la dimensión socioeconómica del bien jurídico protegido, empuja a esa interpretación, en exégesis que se ve reforzada por el uso del término «capitales».

En esa dirección apuntaba la STS 809/2014, de 26 de noviembre, recogiendo y recreando una vía ya insinuada en la STS 884/2012 de 8 de noviembre (se postula una «restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas»).

Además, en ese primer supuesto, el Sr. Luis, al tiempo de la comisión de los hechos tenía un trastorno sobre déficit intelectual, con una discapacidad reconocida del 37 %, que solamente afectaba mínimamente a sus facultades intelectivas o volitivas y que no le impedían haber advertido el origen delictivo del dinero. Pero este aserto está en contradicción con el propio factum, que, en uno y en otro supuesto, asevera que ni conocía ni se representaba el origen delictivo del dinero que iban a recibir, aunque infringiendo la diligencia mínima imprescindible, sin mayor concreción.

La STS 501/2019 de 24 de octubre sostiene que «el blanqueo de capitales no es un delito de sospecha: exige como cualquier otro, prueba de la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos típicos, entre los que se encuentra el origen criminal (y no meramente ilícito, ilegal o antijurídico) de los bienes».

En suma, es preciso referenciar con algún detalle la diligencia que debió desplegar el autor, lo que aquí no se describe de modo alguno en los hechos probados, y sabemos que esta Sala Casacional impide una labor de integración contra reo en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, ni se califica tampoco, en este caso, la gravedad de la conducta en función a la cantidad supuestamente blanqueada que, en ambos casos, es de mínima entidad, para el delito que se enjuicia (blanqueo de capitales), pues recordemos que no estamos en presencia de un delito patrimonial contra los perjudicados, sino de una infracción que debe afectar al bien jurídico protegido que lo es la regularidad de la economía en evitación del camuflaje u opacidad de ganancias procedentes de un delito, lo que aquí tampoco se describe en modo alguno, desconociéndose de qué delito proceden los bienes supuestamente blanqueados, ni su conexión con los acusados, razón por la cual el recurso será estimado, procediendo la absolución de ambos recurrentes.

(STS 1064/2025, de 30 de diciembre).

ARTÍCULO 311 CP

Delito contra los derechos de los trabajadores. Empleo de trabajadores que ejercen la prostitución en relación de dependencia sin alta en Seguridad Social.

1. Alega que, dada la particularidad en el caso de autos, de que todas las personas halladas en el local que se afirma debieron haber sido dadas de alta en la Seguridad Social, se dedicaban al ejercicio de

la prostitución, debe partirse de la situación atípica de dicha profesión a los efectos de un alta en Seguridad Social, máxime cuando se trata de personas sin permiso de trabajo que, por lo tanto, no tienen posibilidad ni acceso a dicho alta. Y cita en apoyo de su criterio, la sentencia de esta Sala núm. 162/2019 de 26 de marzo.

2. Establece esa resolución, así como la 34/2023, de 25 de enero, que la prestación de contenido sexual que consiste la prostitución en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes o instrucciones del empresario sobre con quién, cómo, cuándo y dónde debe realizarse la misma, resulta contraria a la dignidad humana, fundamento axiológico, ex artículo 10 CE, de nuestro orden constitucional. La prestación sexual bajo régimen de disciplina empresarial cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad. Reconocer que alguien pueda ostentar potestades de control, ordenación y sanción sobre el contenido y ejercicio de los derechos a la libertad sexual e intimidad corporal de otra persona supondría, sencillamente, negar tales derechos, hacerlos irreconocibles. Y ello, como lógica consecuencia, impide que dicha relación pueda ser considerada objeto de un contrato de trabajo.

De igual modo, desde perspectiva inversa, es decir, la prostitución por cuenta propia, recuerda la STS 642/2023, de 24 de julio con cita de la 34/2013 de 25 de enero, que sigue esa misma orientación, que «de conformidad a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –*vid*. SSTJUE, de 20 de noviembre de 2001, caso Jany y otros, asunto C-268/99, (F.49); de 16 diciembre 2010, caso Josemans, asunto C-317/09, (F.77); de 1 octubre 2015, caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterder C-341/14 (F.77); de 8 mayo 2019, caso PL c. Landespolizaidirektion Tirol, asunto C-230/18 (F.37)– la prostitución por cuenta propia no puede afirmarse que esté prohibida por el derecho internacional o el Derecho de la Unión siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce bajos las siguientes condiciones: inexistencia de cualquier vínculo de subordinación en la elección de dicha actividad y en las condiciones de trabajo y de retribución; ejercicio bajo responsabilidad propia; recepción íntegra y directa por quien la presta de la remuneración pactada».

Así pues, en el ejercicio de la prostitución no cabe relación laboral y consecuentemente permanece extramuros de la normativa que la disciplina, lo que veta el acceso al régimen de la Seguridad Social de las personas que la desarrollan por cuenta de un tercero. De manera que, el ejercicio de la prostitución, en las condiciones de dependencia que se realizaba en autos, efectivamente integra actividad ilícita, no es susceptible de contratación laboral regularizada.

Es cierto que el desempeño de otras actividades por cuenta ajena, aunque fuere por aquellas personas que ejercen la prostitución, no dejan de ser susceptibles de generar una efectiva y lícita relación laboral, Así sucede en la sentencia invocada por el recurrente (STS 162/2019 de 26 de marzo) en relación con la actividad de «alterne»; y así la STS 792/2022, de 29 de septiembre, que entendió que convergían los presupuestos de tipicidad del artículo 311. 2 b) en un caso en el que se desarrollaba la actividad de alterne consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones, dotada de las condiciones de dependencia y ajenidad, con independencia de que, además del alterne, en algunos casos, pueda existir una actividad libre y voluntaria de ejercicio de la prostitución. Que debe ser por cuenta propia.

Sólo cuando el ejercicio de la prostitución, resulta no ya libremente aceptado, sino desvinculado de cualquier nota de dependencia y subordinación a un empleador, es cuando no contamina de ilicitud una anexa actividad de alterne (STS 642/2023, de 24 de julio, con cita de o las SSTS 890/2022, de 11 de noviembre; la ya citada 34/2013 de 25 de enero; o la 237/2023, de 30 de marzo).

El hecho probado declara expresamente que el acusado se venía dedicando al negocio de la prostitución, teniendo bajo su cargo y cuenta a diversas personas (generalmente pero no siempre, transexuales) que prestaban servicios sexuales a terceros, empleando a dichas personas en un concreto piso; y que además de los servicios sexuales a los clientes, se les ofrecían y proporcionaban bebidas alcohólicas y droga. Es decir, de manera asociada al ejercicio de la prostitución por cuenta ajena, no propia. El hecho probado de autos, ni siquiera menciona expresamente alterne, ni la descripción es suficientemente expresiva de esa actividad. Que además se desarrolle íntegramente en un piso de un edificio de propiedad horizontal, tampoco abona el ejercicio de alterne desvinculado de la prostitución.

Consecuentemente, no cabe sancionar por delito con del artículo 311.2 b CP, (en la actualidad 311.3 b CP), por no tener dado de alta en la seguridad social a más de la mitad de la plantilla, cuando la relación del acusado con quienes empleaba en la prostitución no era susceptible de generar ese acceso a la seguridad social.

También había empleados, que no se dedicaban a la prostitución, pero indiciariamente en menor número, sin que en cualquier caso se haya acreditado que sea en número que cumplimente el cupo típicamente exigido.

(STS 227/2025, de 12 de marzo).

ARTÍCULO 334 CP

Delito contra la fauna. Inexistencia. La biodiversidad como bien jurídico protegido no puede verse afectada por una conducta que, en su caso, encontraría más adecuado encaje en el derecho administrativo sancionador.

A juicio de la defensa, se trata de un delito en el que el bien jurídico protegido lo constituyen exclusivamente las especies que figuran en el catálogo de amenazadas de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y cuya forma de comisión solo puede ser dolosa, aunque es cierto que la reforma de 2015 introdujo la imprudencia grave.

Se integra la norma penal con la Ley Andaluza 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y Fauna Silvestres. El artículo 25 de esta ley prevé un Catálogo Andaluz de Especies Amenazadas en el que se incluyen las especies, subespecies, razas o poblaciones de la flora y la fauna silvestre, en base a que requieran especiales medidas de protección, recogiendo las mismas en un Anexo en la misma Ley. De este modo el artículo 26 de la referida Ley diferencia hasta seis categorías de especies amenazadas: «extinto», «extinto en estado silvestre», «en peligro de extinción», «sensible a la alteración de su hábitat», «vulnerable» y «de interés especial».

La primera cuestión se centra –razona la defensa– en si debe apreciarse el delito siempre que afecta a especies incluidas como amenazadas, o si se exige un plus, debiendo constar debidamente acreditada la amenaza concreta para la especie de la que se trate. Encontrándonos ante una norma penal en blanco, es la legislación especial la que debe tenerse presente a fin de determinar qué debe entenderse por «especie amenazada» que no tiene por qué equipararse a las especies en peligro de extinción. La Ley 8/2003 ha incluido entre las especies amenazadas no solo las que constan bajo una situación de riesgo concreto de supervivencia, sino también otras, como las que se consideran que son sensibles a la alteración de su hábitat o las vulnerables en una situación de futuro inmediato, o incluso las denominadas de «interés especial», porque sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad.

Este criterio –sigue alegando la defensa– no es el sostenido por la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999, ratificada en su tesis por la de 29 de noviembre de 2001. Fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas afectan a especies sobre las que se cierne un peligro o amenaza, bien de extinción (art. 29.a), bien de su hábitat (art. 29.b), o bien porque por

su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores (art. 29.c). En cambio, las clasificadas de «interés especial», por definición, no pertenecen a ninguna de aquéllas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente aclara la norma, «por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad».

Este análisis –concluye el Letrado de la defensa– es el que ha llevado a la doctrina científica que se ha ocupado del estudio del artículo 334 CP a sostener que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas. Este ha sido también el criterio asumido por la jurisprudencia de esta Sala. Por tanto, la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada, es decir, se trata de establecer la preferencia de la antijuricidad material sobre la formal por la mera inclusión en los catálogos del artículo 29 de la Ley 4/1989.

Tiene razón el recurrente y el motivo ha de ser estimado.

«Autorizadas voces doctrinales ya han hablado de la inevitable tendencia expansiva del derecho penal para la protección del medio ambiente. La experiencia viene demostrando que las sanciones administrativas no siempre producen el efecto disuasorio que es propio de la prevención general asociada a la norma penal. Desde esta perspectiva, el máximo valor axiológico de la biodiversidad como bien jurídico protegido, justificaría incluso una modulación del principio de intervención mínima que, desde la reforma del CP de 25 de junio de 1983 que tipificó el ya derogado artículo 347 bis, ha venido inspirando el tratamiento penal de los delitos ecológicos.

A esta línea de reforzada protección de las especies protegidas se adscribió la Directiva 2008/99/CEE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el derecho penal, en cuyos considerandos 2.º, 3.º, 4.º y 5.º puede leerse lo siguiente: «… la Comunidad considera preocupante el aumento de los delitos medioambientales y sus efectos, que se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados en los que esos delitos se cometen. Tales delitos suponen una amenaza para el medio ambiente y, por lo tanto, requieren una respuesta apropiada. […] La experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de

naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil. […] Las normas comunes sobre delitos permiten utilizar métodos de investigación y ayuda eficaces en los Estados miembros y entre ellos; […] Para lograr una protección eficaz del medio ambiente, es necesario en particular aplicar sanciones más disuasorias a las actividades perjudiciales para el medio ambiente, es decir, que causan o pueden causar daños sustanciales al aire, incluida la estratosfera, al suelo, a las aguas, a los animales o a las plantas, incluida la conservación de las especies».

Es esta idea de inevitable incriminación expansiva la que explicaría que la reforma del artículo 334 del CP, operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ampliara el catálogo de acciones típicas descritas y donde antes se criminalizaba cazar o pescar especies amenazadas, destruir o alterar gravemente su hábitat, comerciar o traficar con ellas, ahora se incorpore al catálogo de acciones típicas «poseer» esas especies protegidas de fauna silvestre.

De hecho, así se explicita en la exposición de motivos de ese texto legal: «… las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal».

Esta reforma, como analiza con precisión y encomiable estudio la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Málaga, fue introducida con el fin de adaptar nuestro sistema punitivo a las exigencias impuestas por el artículo 3 de la Directiva 2008/99/CEE de 19 de noviembre.

Sin embargo, el deseo de eficacia en la batalla legal para impedir conductas antijurídicas que menoscaban la biodiversidad no justifica atribuir una elasticidad impropia a los límites aplicativos del derecho penal.

[…] Todo apunta a que la transposición de la directiva 2008/99/CEE ha ido más allá de lo que exigía su literalidad. En efecto, en su artículo 3 f) los Estados asumen el compromiso de considerar como constitutivas de delito, «… cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave», las siguiente conductas: «la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestres, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie».

Es cierto que forma parte de la naturaleza jurídica de las directivas aprobadas por la Unión Europea el sentar un catálogo de mínimos para la protección penal de un bien jurídico cuya relevancia es compartida por todos los países de la Unión. Así lo recuerda incluso el considerando 11 de la propia Directiva 2008/99/CEE cuando puntualiza lo siguiente: «puesto que la presente Directiva ofrece unas normas mínimas, los Estados miembros tienen libertad para adoptar o mantener medidas más estrictas cuya finalidad sea la protección eficaz del medio ambiente mediante el Derecho penal. Tales medidas deben ser compatibles con el Tratado».

Es cierto también que el legislador español, en el momento de la transposición normativa, no incorporó al artículo 334 del CP el inciso excluyente de la aplicación de la norma penal que sí recogía la Directiva («… a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie»).

Sin embargo, esta omisión no encadena a la Sala a una aplicación del artículo 334 del CP que dé la espalda a otro principio que la propia Directiva señala entre los criterios ordenadores del tratamiento penal de los atentados al medio ambiente y a la biodiversidad, a saber, el principio de proporcionalidad. Así puede leerse con claridad en el considerando 14: «… de conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».

De una parte porque en la misma reforma de 2015, tratándose de la protección penal de la flora silvestre, el artículo 332 del CP excluyó de la tipicidad aquellas conductas que afecten «… a una cantidad insignificante de ejemplares y no (tengan) consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie».

De otro lado, porque el carácter fragmentario del derecho penal y los principios de subsidiariedad e intervención mínima actúan como presupuestos de legitimación de la norma penal. No son estratégicamente prescindibles en función de la naturaleza del bien jurídico que se quiera, incluso, sobreproteger.

[…] En consecuencia, que la caracola que fue hallada en la nevera del establecimiento regentado por Jesús Ángel, en el que también trabajaba Felisa, se trataba de una especie protegida por su vulnerabilidad es un dato incontrovertible.

La posesión de esa caracola, en su calidad de animal que forma parte de una especie protegida, no está jurídicamente autorizada.

Sin embargo, en el hecho probado del que ha derivado la condena de ambos acusados no se ofrecen datos que permitan trazar con segu-

ridad una línea que divida la infracción administrativa del delito sancionable por el derecho penal. Esa línea ha de dibujarse a partir de una interpretación que, como antes hemos apuntado, no se distancie de los principios que legitiman la aplicación de la norma penal, entre los que la propia Directiva de la que emana la más reciente reforma del artículo 334 del CP incluye el principio de proporcionalidad.

Pues bien, en el factum se habla de una bolsa de plástico en cuyo interior existía una única caracola marina. Este molusco había sido adquirido en la Lonja del Puerto de la Caleta, «… sin que quede acreditada la intención de vender posteriormente dicho ejemplar, quedándose con (el mismo) misma para fines de ornamentación».

En el presente caso, puede incluso ayudar a discernir si la antijuridicidad desborda los límites del derecho administrativo sancionador el dato de que, conforme a los artículos 80 y 81 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad –norma jurídica anterior a la Directiva 2008/99/CE que ha propiciado el castigo de la simple posesión de especies protegidas, sin referencia a la finalidad del titular–, el cuadro sancionador se mueve, en función del carácter leve o grave de la infracción cometida, entre 300 y 2.000.000 de euros.

En definitiva, la Sala no considera subsumible en el artículo 334.1 del CP la tenencia de una caracola «Charonia Lampas» en el interior de una bolsa de plástico, alojada en la nevera de un establecimiento público que, conforme precisa el factum, sólo perseguía «fines de ornamentación». La biodiversidad como bien jurídico protegido no puede verse afectada por una conducta que, en su caso, encontraría más adecuado en encaje en el derecho administrativo sancionador.

[…] No es obstáculo a esta conclusión la cita de algunos precedentes de esta Sala que son objeto de interpretación por el recurrente y que han sido descartados en la instancia por referirse a hechos de distinta naturaleza y ejecutados bajo un régimen jurídico que nada tiene que ver con el vigente.

En efecto, se alude sentencia 19 de mayo de 1999, sin referencia al recurso en el que esa sentencia recayó. Se da la circunstancia de que dos resoluciones del mismo día tuvieron por objeto una condena por delito contra el medio ambiente.

La recaída en el recurso de casación núm. 792/1998, confirmó el pronunciamiento absolutorio dictado en la instancia respecto del acusado que, en el ejercicio de la explotación de las concesiones mineras que le habían sido asignadas, captaba aguas de una laguna y las trasvasaba hasta las balsas de decantación interiores, con posterior recogida y comercialización de las sales cristalizadas mediante su carga en camiones cisternas.

Como puede apreciarse, ninguna similitud se advierte respecto del supuesto que hoy centra nuestra atención. Pero sí es de interés subrayar que la confirmación de la tesis absolutoria se argumentó por «… la manifiesta ausencia en el caso considerado del requisito de que la acción del agente haya producido de manera efectiva un riesgo grave y concreto para los bienes jurídicos protegidos por el precepto». El equilibrio natural no fue alterado por la acción del acusado y, por consiguiente, se impuso el pronunciamiento absolutorio.

La segunda sentencia, fechada el mismo día, mes y año –redactada por el mismo ponente– recayó en otro recurso, el numerado como 3815/1998, en el que sí se valoraba la significación penal de una conducta en función de la necesaria diferenciación de las categorías establecidas administrativamente. En este caso, el acusado había sido sorprendido por una patrulla de la Guardia Civil practicando la caza en zona militar dentro del término municipal de Uceda, siéndole requisado, entre las piezas de caza cobradas, un ejemplar muerto de pico picapinos (dendrocopos major), ave perteneciente a una especie incluida como de «interés especial» en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas regulado por RD 439/1990 de 30 Marzo.

La respuesta de esta Sala desestimó el recurso de casación promovido por el Fiscal frente a la sentencia absolutoria recaída en la instancia. Dijimos entonces que «… la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada. De lo contrario, como con algunas gotas de sorna destaca la doctrina, nos encontraríamos con que cazar algún ejemplar de las cinco especies de sapos, diez especies de lagartijas, nueve de culebras, veintiuno de murciélagos o cinco de ranas, serían constitutivos de un delito sancionable con hasta dos años de prisión».

Sin embargo, tiene razón la Audiencia Provincial de Málaga cuando rechaza el valor exoneratorio de esta sentencia respecto de los hechos ahora enjuiciados. Y es que de lo que se trataba entonces era de interpretar los contornos típicos del delito del artículo 334 del CP que aludía entonces a las «especies amenazadas», mientras que en la regulación actual aplicable a los hechos que ahora enjuiciamos, el artículo 334 se refiere a «especies protegidas», dándose la circunstancia de que la Charonia Lampas esta calificada como «especie protegida», en particular, como «vulnerable».

También se alude por la defensa a la STS 2227/2001, 29 de noviembre, que habría restringido el alcance del artículo 334 del CP. Sin embargo, tal y como ocurría en la resolución anterior, esta senten-

cia tomaba en consideración un precepto que tenía una redacción muy distinta a la vigente. Precisamente por ello, fue confirmada la sentencia absolutoria con el argumento de que: «… el legislador penal ha conminado el tráfico y comercio, pero no la posesión, y por ello no es posible integrar por esta vía el citado precepto pues se desbordaría el principio de legalidad, constituyendo dicha posesión, en su caso, una infracción administrativa».

Sea como fuere, la vinculación entre los delitos contra la flora y la fauna y los principios de proporcionalidad e intervención mínima es una constante en nuestra jurisprudencia.

En la STS 621/2022, 22 de junio –con cita de la STS 570/2020, 30 de noviembre–, apuntábamos que «… no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. […] Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Sólo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal».

En definitiva, la simple posesión en un frigorífico de un único ejemplar de la caracola marina Charonia Lampas, introducida en una bolsa de plástico y que sólo se posee con una finalidad ornamental, no puede ser calificada con arreglo al artículo 334.1 del CP. Lo impide el carácter insignificante de la vulneración del bien jurídico biodiversidad cuando se adquiere una caracola ofrecida por el dueño de la pescadería en la que el acusado compraba habitualmente el material para el restaurante que regentaba y, sin intención alguna de obtener un rendimiento lucrativo a ese ejemplar, lo conservaba con fines puramente ornamentales.

La antijuridicidad de los hechos declarados probados habría de ser abordada, en su caso, conforme al derecho administrativo sancionador.

(STS 40/2025, de 23 de enero).

ARTÍCULO 336 CP

Delitos contra la fauna. Caza o pesca con veneno, explosivos o instrumentos de similar eficacia. Caza de aves utilizando sustancias adhesivas. Ha de rechazarse el potencial riesgo para la fauna en general del mecanismo utilizado por los acusados y su equiparación a la incapacidad selectiva que implica el uso de explosivos o venenos.

Sobre el artículo 336 CP se ha pronunciado esta Sala del TS en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 562/2020 de 30 Oct. 2020, Rec. 2689/2019 pudiendo extraer las consecuencias siguientes que sistematizamos a continuación:

«1. ¿Cabe incardinar el uso de pegamento para capturar aves en el artículo 336 CP?

La cuestión es si la utilización de pegamento o liga para capturar determinadas especies, en este caso de aves, puede integrar el delito del artículo 336 del Código Penal en atención a que constituye un instrumento de presa que no ofrece ninguna posibilidad de discriminar la captura entre especies que respondan a los parámetros de envergadura o peso en el que el producto adherente muestra eficacia.

2. La esencia del contenido antijurídico del artículo 336 CP.

Una interpretación del contenido antijurídico del precepto precisa identificar el bien jurídico objeto de su protección, que no es otro que la biodiversidad, esto es, la preservación de la variabilidad de organismos vivos existentes en los ecosistemas terrestres y acuáticos, en estrecha relación con la protección general del medioambiente en la medida en que este precisa de un adecuado equilibrio ecológico y garantiza al tiempo el correcto desarrollo de la biodiversidad (STS de 2227/2001, de 29 de noviembre).

3. La protección de la biodiversidad no es función exclusiva del derecho penal. Su carácter fragmentario subraya la dimensión primordial de otros instrumentos de amparo de la riqueza natural. Así, el artículo 45 de la Constitución Española recoge el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, además de establecer el deber de conservarlo, identificando que quienes lo violen pueden ser sancionados administrativa y penalmente, en los términos que la ley establezca.

4. La ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad establece el régimen jurídico básico para la conservación, el uso sostenible, la mejora y la restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad española, operando en desarrollo del objetivo de garantizar los derechos de las personas a un medio ambiente adecuado en los términos constitucionalmente expuestos, así como del deber de conservarlo que a todos incumbe.

Su artículo 54 establece la obligación de las administraciones concernidas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre y preservar su hábitat.

El propio precepto fija la regla básica o general de protección de la biodiversidad de la fauna silvestre disponiendo la prohibición de dar

muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual fuere el método empleado o la fase de su ciclo biológico. Una prohibición que incluye su retención y captura en vivo, además de otros comportamientos como la destrucción, daño, recolección y retención de sus nidos, de sus crías o de sus huevos, estos últimos aun estando vacíos, así como la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos, incluyendo el comercio exterior.

La norma establece regímenes específicos de protección para aquellas especies silvestres cuya situación lo requiera, lo que se preceptúa que debe hacerse incluyendo esas especies en los listados de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial (art. 56) o en el catálogo de Especies Amenazadas (art. 58).

En todo caso, para aquellas especies de animales silvestres no comprendidos en Régimen de Protección Especial o en el catálogo de Especies Amenazadas, se reconoce que las prohibiciones anteriormente expresadas no se aplicarán si existiera para ellas una regulación específica, en especial en la legislación de montes, caza, agricultura, sanidad y salud públicas, pesca continental y pesca marítima, o en los supuestos regulados por la Administración General del Estado o las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, para su explotación de manera compatible con la conservación de esas especies. En tales supuestos habrá de estarse a la singular regulación que les atañe.

5. La acción delictiva que el artículo 336 del Código Penal contempla, consiste en un ejercicio modalizado de la pesquería o de la actividad cinegética.

6. Las acciones constitutivas de delito del artículo 336 CP. Interpretación restrictiva.

Además del elemento negativo de que la actuación de pesca o caza carezca de legítima autorización, la redacción inicial del Código Penal exigía que se emplearan en la caza o la pesca venenos o explosivos, añadiéndose la punición en todos aquellos supuestos en los que se recurriera a cualquier otro instrumento o arte de similar eficacia destructiva para la fauna que los anteriormente expuestos.

7. Delito de mera actividad.

Se configuraba así el delito como de mera actividad y de peligro hipotético, también denominados delitos de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, esto es, delitos en los que no se tipifica un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido.

A partir de un sistema de lista abierta ejemplificada, el legislador identificó el peligro a la fauna que trataba de prevenirse: en concreto,

que la fauna quedara expuesta a medios de caza o de pesca que presentaran la misma idoneidad para generar impactos lesivos que la que es predicable de la utilización del veneno o de la utilización de explosivos.

8. La eficacia o capacidad "destructiva" del método empleado.

Así pues, la capacidad de destrucción indiscriminada de especies, como elemento esencial de lesión del bien jurídico (la biodiversidad), estaba ya inserta en los medios o instrumentos de caza o de pesca con los que el Código Penal ilustraba.

De este modo, la modificación operada por LO 3/2010 no ha alterado la acción delictiva que el artículo 336 del Código Penal contempla. La reforma se limitó a introducir un mayor detalle descriptivo orientado a facilitar una mejor uniformidad en la aplicación de la norma. Si el tipo penal antes hablaba de emplear veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, ahora habla de emplear veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna. Desde la consideración penal de la caza o de la pesca, esto es, desde la contemplación de estas actividades a partir del bien jurídico que se protege, la no selección de las piezas carece de relevancia penal si no repercute en el deterioro de la biodiversidad, por lo que su inclusión en el artículo 336 del Código Penal solo se orientó a evidenciar aspectos de la acción típica que ya estaban descritos cuando el Código Penal hacía únicamente referencia a la eficacia destructiva de los instrumentos de caza, aun cuando con aquella redacción bien podían no resultar fácilmente perceptibles.

9. Método no selectivo de caza o pesca y riesgo de destrucción de la riqueza animal.

La cuestión que el recurso suscita es si un método no selectivo de caza o de pesca es lo suficientemente idóneo como para generar un riesgo de destrucción de la riqueza animal y, por ello, resulta siempre equiparable al riesgo que introduce la caza con explosivos o con veneno.

Un primer acercamiento al tipo penal invita a negar el parangón. Si cualquier arte de caza o pesca no selectivo mereciera el mismo reproche penal que la utilización de los potentes y expeditivos métodos que sirven de comparación, no habría necesitado el legislador introducir ningún elemento que sirva para medir la confrontación. Bastaría que el legislador hubiera previsto el reproche penal para quienes cacen o pesquen con métodos no selectivos o con venenos, explosivos o cualquier método de similar eficacia destructiva.

No es esta la construcción sintáctica del precepto, que habla de "similar eficacia destructiva o no selectiva para la fauna". El precepto

constata la eficacia destructiva que tiene el veneno o los explosivos, además de plasmar la incapacidad que tienen estos dos métodos para discriminar entre las especies terrestres o acuáticas a las que afecta su utilización.

Desde esta consideración, el Código Penal equipara la utilización del veneno o el explosivo a la utilización de otros instrumentos o medios con semejante eficacia destructiva, además equiparlos también a aquellos otros que, sin tener este efecto exterminador, sí ofrecen una incapacidad de discriminación equivalente. Y si es fácil reconocer que hay instrumentos de caza o pesca con una más limitada capacidad de éxito, también los hay que no arrasan con la amplia generalidad de las especies que se encuentre a su alcance del modo en que lo hacen los elementos con los que el legislador exige la comparación.

De otro lado, el principio de subsidiariedad que rige el derecho penal y al que hemos hecho anterior referencia, sugiere la existencia de un espacio de distinción entre la irregularidad administrativa de emplear estos instrumentos de caza o de pesca y la actuación criminal basada en el mismo comportamiento. No solo por las reglas propias de una protección en cascada de los bienes jurídicos (que en este supuesto tiene pleno reflejo en el artículo 45 de la CE antes reflejado), sino por la propia previsión normativa que impulsó de modo inmediato la reforma operada en este artículo por la LO 5/2010.

La exposición de motivos de la ley de reforma recogió que: "Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/ CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal".

Con esta referencia, el artículo 3 de la Directiva traspuesta plasma la necesidad de que los Estados miembros se aseguren que sean delictivas una serie de conductas ilícitas cuando se cometan dolosamente o al menos por imprudencia grave. Entre ellas, se detalla la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies, pero la propia Directiva lo condiciona a que: a) Se trate de ejemplares de especies protegidas de fauna o flora silvestres y b) La conducta afecte a una cantidad no insignificante de especímenes o refleje consecuencias tampoco insignificantes para el estado de conservación de su especie (art. 3.f).

Es evidente que cuando hablamos de la utilización de medios de caza o pesca no selectivos, ni puede excluirse que vayan a proyectarse

sobre especies distintas a las que son objeto de persecución por el sujeto activo (vg: liga o adhesivos, trampas, lazos, cepos, redes, garduñeras, humo etc.), ni en muchas ocasiones podrá excluirse que su operatividad alcance a un número suficientemente importante de ejemplares, como ocurre con la liga, las redes o mallas verticales o el humo. En todo caso, para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce.

Este plus de idoneidad a la hora de generar un riesgo de perjudicar a la fauna, se identifica como la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos. La valoración de la idoneidad debe realizarse en abstracto, pero contemplando que el Código Penal hace referencia a la lesividad, no de un instrumento en concreto, sino también del artecinegético que se despliegue, esto es, que el plus de idoneidad deberá recoger el conjunto de mecanismos que en cada caso se aportan y su combinación en la secuencia de actuaciones de caza o pesca que se despliegan para obtener las capturas.

Si la caza o la pesca de especies silvestres, contraviniendo leyes o disposiciones de carácter general (art. 335 del Código Penal), da lugar a una sanción de menor alcance punitivo que el que aquí contemplamos, y si es igualmente grave la sanción que se contempla para la caza o la pesca prohibida de ejemplares protegidos (art. 334 del Código Penal), no resulta aceptable que la sola puesta en riesgo de un número de ejemplares irrelevante para el crecimiento y la subsistencia de cualquier especie, integre la responsabilidad del artículo 336 del Código Penal.

Siendo el tipo penal que contemplamos un delito de riesgo, solo la introducción de un peligro relevante para la fauna, justifica una penalidad que puede superar la que se contempla para la efectiva muerte o aprehensión de algunos de sus ejemplares. Un plus en el riesgo de lesión al bien jurídico, que debe evaluarse en consideración a la capacidad destructiva de la biodiversidad y el ecosistema en cada caso concreto.

10. Respecto al uso de la liga en la caza la idoneidad de generar un riesgo para la fauna debe evaluarse de una manera intrínseca, considerando en todo caso el conjunto de instrumentos y de actuaciones previstas para la pesquería o la actuación cinegética.

11. Entrando a valorar esta potencialidad de riesgo para la fauna en general, debe contemplarse el mecanismo de captura desplegado y

no puede sino rechazarse cualquier parangón con la incapacidad selectiva que resulta inherente al uso de explosivos o de veneno. El mecanismo con el que los acusados pretendieron dar caza a la especie de su interés, si bien prohibida, muestra mucha mayor proximidad con el mecanismo de red autorizado para la caza del jilguero que con los instrumentos que el tipo penal contempla.»

También en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 420/2022 de 28 Abr. 2022, Rec. 3133/2020 se incide en este tema y podemos sistematizar las conclusiones en las siguientes:

«1. Como anticipábamos, la sentencia de Pleno 562/2020 fijó el umbral de la antijuricidad específicamente penal en la necesidad de que se acredite suficientemente que mediante el uso de los modos o métodos no autorizados mencionados en la norma se ponga significativamente en peligro la diversidad biológica, situacionalmente evaluada. Ya sea por el efecto destructivo de especies que comporte o por su equivalente efecto no selectivo.

2. Para que pueda concluirse que hay un riesgo potencial para la fauna equivalente al descontrol lesivo que, de manera abstracta, se atribuye al veneno o a los explosivos, es necesario identificar en la actuación un marcado riesgo de poder perjudicar, de un modo equiparable, a la biodiversidad en que se introduce.

3. El "plus de idoneidad" para generar la lesión del bien jurídico protegido reside, por tanto, en "la capacidad intrínseca de generar un contexto de caza o de pesca presidido por la ausencia de control sobre el objeto que puede resultar afectado o sobre la extensión de sus efectos". Capacidad destructiva de la biodiversidad y del ecosistema que deberá medirse en cada caso concreto.

4. Fórmula que, por otro, lado se ajusta a elementales criterios de proporcionalidad sistemática pues carecería de todo sentido que la conducta consistente en el mero uso de un método de caza no selectivo pero que carece de un específico potencial de afectación más allá de un escaso número de ejemplares no especialmente protegidos, pueda ser castigada más gravemente que la caza o la pesca expresamente prohibida de especies silvestres, contraviniendo leyes o disposiciones de carácter general –art. 335 CP– o de ejemplares protegidos –art. 334 del Código Penal–.

5. Para evaluar el potencial de afectación a la biodiversidad del modo de caza no selectivo, se fijan dos parámetros principales:

a) el riesgo de que el modo de caza perjudique a un número relevante de ejemplares de la especie.

b) el riesgo de afectación a otras especies.

Así como otros subordinados o complementarios:

a) las características del mecanismo de captura desplegado. En especial, si se busca mantener, o no, con vida a los animales.

b) las posibilidades situacionales de proceder a la inmediata liberación (vivos) de cuantos ejemplares se capturen de otras especies.

c) la fácil retirada o portabilidad de las técnicas o métodos de caza empleados que posibilite neutralizar riesgos de que sigan generando efectos de captura indiscriminada más allá del momento en que los cazadores abandonen el lugar.

6. Criterios de valoración normativa de la lesividad del método no selectivo que, como anticipábamos, aparecen sustancialmente refrendados en la STJUE, antes citada, de 17 de marzo de 2021.

a. En efecto, la sentencia aborda, al hilo de las cuestiones prejudiciales formuladas, bajo qué criterios un Estado puede utilizar la vía del artículo 9 de la Directiva 2009/147/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres, para establecer excepciones al principio general de prohibición de medios de caza no selectivos previsto en el artículo 8.

b. Por lo que se refiere al uso de liga, como método de captura, el Tribunal de Justicia precisa que si bien cae dentro del espacio de la prohibición general, cabrá la posibilidad de introducir una excepción, de conformidad al artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva, cuando, además, de proporcionada a las necesidades que la justifican [sentencia de 23 de abril de 2020, Comisión/Finlandia (Caza primaveral del pato de flojel macho), C-217/19, EU: C:2020:291, apartado 67 y jurisprudencia citada] se tome en cuenta la letalidad o no del método no selectivo.

c. Si bien, en la primera hipótesis, debe concebirse el requisito de selectividad en un sentido más bien estricto, en la segunda hipótesis, en cambio, puede considerarse cumplido aun cuando se produzcan capturas accesorias, "pero siempre que no se hayan capturado accidentalmente más que cantidades reducidas, durante un período determinado, y que estas puedan ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante".

d. Como se indica en el parágrafo 65 de la sentencia, "tanto del tenor del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva, interpretado a la luz del artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva, como de los objetivos de esta y del marco en el que se inserta, de conformidad con las disposiciones del artículo 3 TUE, del artículo 37 de la Carta, del artículo 191 TFUE, apartado 2, párrafo primero, y del artículo 13 TFUE, relativo al bienestar animal, se deduce que el requisito de selectividad

del artículo 9, apartado 1, letra c), de la referida Directiva, en caso de un método de captura no letal que comporte capturas accesorias, solo puede considerarse cumplido si estas son de un volumen limitado, es decir, que solo afectan a una cantidad muy reducida de especímenes capturados accidentalmente, durante un período limitado, y si pueden ser liberadas de tal forma que el daño que sufran sea insignificante. De lo que se sigue que no cumple la exigencia de selectividad del artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva "un método de captura no letal que comporta capturas accesorias si estas, aunque sean de escaso volumen y durante un período limitado, pueden causar a las especies capturadas accidentalmente daños que no sean insignificantes".

e. La sentencia del TJUE, como anticipábamos, apuntala los criterios de esta Sala sobre la necesidad, como presupuesto del juicio de subsunción en el artículo 336 CP, de evaluar el nivel de lesividad que se deriva del uso del método no selectivo, tomando en cuenta, de forma particular, el potencial de capturas accesorias indiscriminadas y la letalidad que se deriva para los animales capturados.

f. Ello no significa que la caza con liga o con sustancias adhesivas no pueda ser considerada conducta típica. Pero siempre que, en el caso concreto, se acredite que la conducta desplegada colma, en los términos antes precisados, la antijuridicidad reclamada por el tipo.

g. Lo que, en lógica consecuencia, traslada a la acusación la carga de acreditar el riesgo y el grado de lesividad alcanzado por la concreta conducta de caza no autorizada. En particular, el potencial alcance de capturas indiscriminadas y de los riesgos situaciones de letalidad introducidos.

h. La tipicidad no se colma, por tanto, con el simple dato de la no selectividad del método ni tampoco porque su uso aparezca prohibido por la normativa sectorial administrativa.

Por ello, aplicando todo ello al presente caso, y, como también indica el Fiscal de Sala, ha de rechazarse el potencial riesgo para la fauna en general del mecanismo utilizado por los acusados y su equiparación a la incapacidad selectiva que implica el uso de explosivos o venenos. El método empleado para cazar, si bien, prohibido, evidencia que aquellos pretendían mantener con vida las piezas que atraparon y de hecho se las llevaban en una jaula cuando fueron sorprendidos por el agente de policía. Que después uno de los acusados matara delante del agente al jilguero capturado al arrojarlo contra el suelo, parece obedecer más a una reacción airada por la detención que a un acto relacionado con la caza propiamente dicha.

Por otra parte la sentencia, que se limita a describir el método conocido como "liga", empleado por los acusados "consistente en

untar las ramas de los árboles con pegamento u otra sustancia similar lo que permite que las patas de las aves, atraídas por el reclamo, queden adheridas a las ramas en las que se posan", y a indicar que se trata de un "método no selectivo que está prohibido en el Anexo VII de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, como también lo está el uso de reclamos como grabaciones por la Ley de Caza de Castilla-León", parece claro que está narrando un comportamiento de franco incumplimiento de las normas que prohíben ese modo no selectivo de caza que puede ser merecedor de sanción administrativa pero no penal, sanción que en palabras de la STS 420/2022 debe reservarse a conductas que patenticen un suficiente nivel de antijuricidad, de intensa negación del bien jurídico protegido por el tipo penal. Circunstancia que, en nuestro caso, no resulta suficientemente descrita en los hechos que se declaran probados en la instancia y que hace suyos la Audiencia Provincial, al no contener los datos mínimos que permitan medir la lesividad específicamente penal de la conducta desplegada que reclama el tipo del artículo 336 CP.

Al contrario, la sola captura de dos ejemplares más parece indicar la reducida eficacia del método empleado y, por otra parte, la indefinición de la extensión de la zona contaminada por el pegamento resulta incompatible con la incursión del derecho penal al no quedar fijados con claridad los elementos del injusto que permiten otorgar prioridad al derecho penal frente a la reacción del derecho administrativo.

Por ello, de la misma manera que ya expusimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 420/2022 de 28 Abr. 2022, Rec. 3133/2020 los hechos que se declaran probados en la instancia, y que hace suyos la Audiencia Provincial, no contienen los datos mínimos que permitan medir la lesividad específicamente penal de la conducta desplegada que reclama el tipo del artículo 336 CP.

Es obvio que el comportamiento que se describe, de franco incumplimiento de las normas que prohíben ese modo no selectivo de caza, puede ser merecedor de sanción administrativa pero no de sanción penal. Esta, reiteramos, debe reservarse a conductas que patenticen un suficiente nivel de antijuricidad, de intensa negación del bien jurídico protegido por el tipo penal. Lo que, en el caso, no se identifica suficientemente.

No cabe aplicar la vía de la imprudencia grave del artículo 334.3 CP. No se desprende de los hechos probados una conducta imprudente, sino dolosa de contravenir las leyes para cazar especies protegidas de la fauna silvestre. No existe en el factum elemento alguno para admitir que estamos ante una conducta de falta de cuidado o diligencia determinante de una imprudencia en falta de diligencia debida.

Insistir en que, dado que estamos en el territorio del artículo 849.1 LECRIM, no cabe apelar a cuestiones relativas a la prueba, o motivación, o si no existió concierto previo en una responsabilidad compartida. Ello queda excluido de la casación permitida ex artículo 847.1 b) CP. No hay conducta imprudente, sino dolosa ex artículo 334 CP, aunque excluyendo, como se ha expuesto, el artículo 336 CP.

Se recoge en la sentencia del juzgado de lo penal confirmada por la AP que: el acusado. Cristobal y el acusado que no ha comparecido a juicio Emilio acudieron a dicho lugar para cazar aves utilizando un método prohibido por ser no selectivo según el Anexo VII de la Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y la Biodiversidad consistente en untar con pegamento o similar sustancia las ramas de los árboles para que las aves quedasen adheridas, aves a las que atraían con un reclamo que eran unas grabaciones de trinos de aves en un teléfono móvil, que era propiedad del acusado Emilio. Precisamente los acusados pudieron coger ese día dos aves que llevaba Emilio en una jaula. De ello se percató el agente el Cuerpo Nacional de Policía n° NUM000, el cual instó al acusado Emilio a que soltara las aves y si bien Emilio soltó a una de ellas, lanzó a la otra al suelo, muriendo del impacto. Esta ave era un jilguero Lugano, especie protegida según Real Decreto 139/2011 de 4.de febrero para el desarrollo del Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial y del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

Debe excluirse, pues, la condena por el artículo 336 CP en concurso ideal, pero manteniendo la condena por el artículo 334 CP, siendo inviable una conducta imprudente del artículo 334.3 CP».

(STS 653/2025, de 9 de julio).

ARTÍCULO 337 CP

Delito de maltrato animal. Inexistencia. No prestar a un caballo el cuidado debido, al no facilitarle los alimentos y líquidos necesarios para cubrir sus necesidades, no sólo para su subsistencia sino para llevar una vida sana y adecuada, provocando con ello un daño innecesario al mismo, que sufrió de inanición, careciendo de cualquier tipo de control higiénico sanitario. El menoscabo grave para la salud del animal no queda reflejado en el factum.

La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los contornos típicos del artículo 337.1 del CP, actualmente sin contenido a raíz de la reforma operada por la LO 3/2023, 28 de marzo.

Es cierto que la nueva redacción de los delitos contra los animales (arts. 340 bis a 340 quinquies del CP) ha ampliado la porción de injusto que comprendía el artículo 337.1. Es cierto también que con arreglo a la formulación renovada de estos preceptos, los hechos declarados probados en la sentencia de instancia podían ser abarcados en la nueva regulación. Sin embargo, la prohibición de aplicar con carácter retroactivo disposiciones desfavorables para el acusado nos obliga a verificar el juicio de tipicidad con arreglo a la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos.

Decíamos en la STS 998/2022, 22 de diciembre, que «… es incuestionable que la evolución de nuestro sistema normativo ha hecho de la protección de los animales y la exclusión de su maltrato un bien jurídico susceptible de provocar la reacción del derecho penal. De la reduccionista calificación de esos seres vivos como "cosas" se ha pasado a su definición legal como "… seres vivos dotados de sensibilidad" (cfr. arts. 333 y 333 bis redactados conforme a la reforma de la Ley 17/2021, 15 de diciembre)».

Nos hacíamos eco también de la influencia que en nuestra legislación ha tenido el derecho de la Unión Europea que, desde hace ya varias décadas, viene proclamando la necesaria atención de los poderes públicos para la protección de los animales. El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea recuerda que «… al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles».

La Recomendación 2007/526/CE de la Comisión, de 18 de junio de 2007, sobre las líneas directrices relativas al alojamiento y al cuidado de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, preparó el camino de la Directiva 2010/63/UE, de 22 de septiembre de 2010, sobre protección de los animales utilizados para fines científicos que, en su considerando núm. 6, ya señala la existencia de «… nuevos conocimientos científicos sobre los factores que influyen en el bienestar de los animales y su capacidad de sentir y expresar dolor, sufrimiento, angustia y daño duradero».

Y la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, dictada para el cuidado de los animales en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio, define un cuadro de infracciones y sanciones de carácter económico que puede alcanzar la multa de 100.000 euros (arts. 13 a 22).

El artículo 14.2.d) define como infracción grave «el incumplimiento de las obligaciones exigidas por las normas de protección animal,

cuando produzca lesiones de gravedad o permanentes, deformaciones o defectos graves de los mismos o una situación de estrés grave».

Y el artículo 14.3.a) considera falta leve «el incumplimiento de obligaciones exigidas por las normas de protección animal en cuanto al cuidado y manejo de los animales, siempre que no se produzcan lesiones permanentes, deformidades o defectos graves, o la muerte de los animales».

En la STS 998/2022, 22 de diciembre, insistíamos en que «la vigencia de este régimen sancionador ya pone sobre aviso acerca de la existencia de una reacción del ordenamiento jurídico español en el que coexisten sanciones administrativas y penales. […] La Sala considera que esa doble proyección del poder coercitivo del Estado entre el derecho administrativo y el derecho penal obliga, ahora más que nunca, a reivindicar la vigencia de los principios que legitiman la aplicación de la norma penal. Su consideración como "ultima ratio" y la necesidad de reservar su aplicación a aquellas infracciones que más gravemente ofendan el bien jurídico tutelado –en eso consiste el carácter fragmentario del derecho penal– han de actuar como parámetros irrenunciables en el juicio de subsunción. De lo contrario, corremos el riesgo de amplificar el derecho penal más allá de lo que serían sus límites naturales, alentando lo que se ha llamado, en locución bien gráfica, la 'fuerza expansiva del derecho penal"».

Y concluíamos razonando que «… la necesidad de operar con criterios restrictivos en supuestos como el que ahora es objeto de atención por la Sala viene impuesta, además, por la preocupante constatación de una idea socialmente extendida que ve en el derecho penal el remedio taumatúrgico para condenar, siempre y en todo caso, por la comisión de hechos antijurídicos que, por su propia naturaleza, encontrarían un mejor tratamiento en el derecho administrativo sancionador. El efecto inmediato asociado a la fidelidad por esta Sala a los principios que, como hemos razonado, legitiman la aplicación de la norma penal no es otro que la lamentable conversión de cualquier pronunciamiento absolutorio en una colectiva sensación social de fracaso».

Cobran así pleno sentido los precedentes de esta Sala que ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre los delitos relacionados con el maltratado animal.

Nos referimos, de una parte, a la STS 186/2020, 20 de mayo, que si bien se refiere a un supuesto calificado conforme al artículo 337.4 del CP, aclara que «… el maltrato no solo comprende los ataques violentos, sino todos los comportamientos que, por acción u omisión, sean susceptibles de dañar la salud del animal. No requiere el tipo la habitualidad, pero el adverbio modal "cruelmente" añade una nota de dureza o perversidad, de gratuidad en la actuación que permita dedu-

cir una cierta complacencia con el sufrimiento provocado. Presupuesto que podrá cumplirse, bien con un proceder aislado de suficiente potencia, o con una reiteración de actos que precisamente por su persistencia en el tiempo impliquen un especial desprecio hacia el sufrimiento y dolor susceptibles de irrogar».

También de obligada cita es la sentencia de esta Sala núm. 940/2021, 1 de diciembre, en la que nos hacemos hace eco de la controversia doctrinal acerca de la naturaleza del bien jurídico protegido en los artículos 337 y 337 bis del CP, que divide a los partidarios de una concepción antropocéntrica que considera que son «… los sentimientos de amor y compasión hacia los animales los que se ven afectados cuando se presencia o se constata el maltrato animal, siendo estos sentimientos los que justifican la punición del comportamiento»; y una consideración subjetivista del bien jurídico que entiende que el animal es el verdadero objeto de protección, «tanto desde la concepción de que es un verdadero poseedor de derechos subjetivos, cuanto desde la consideración, más limitada, de que el animal es al menos merecedor de un determinado bienestar».

Señalábamos entonces «que la previsión de una categoría de delitos exclusivamente orientados a preservar el bienestar animal no descansa en que los animales sean titulares de derechos, sino en que la naturaleza humana comporta un deber de respeto al resto de seres vivos, estando modulada esta exigencia por el grupo social y por la específica formulación de los distintos tipos penales por el legislador».

Apuntábamos que «… además de exigirse que el maltrato tenga como resultado la lesión, la muerte o la explotación sexual de un animal de los que normalmente quedan al cuidado y protección del hombre, el tipo penal requiere que el desprecio del bienestar animal carezca de justificación. Con ello no sólo se excluyen del tipo delictivo aquellas conductas que se encuentren legalmente autorizadas, como la experimentación con animales, los festejos taurinos, o un sacrificio en matadero vinculado a finalidades alimentarias o industriales y ajustado a la correspondiente regulación administrativa, sino cualquiera otra actuación en la que concurran razones objetivas que, pese a no estar legalmente previstas, hagan que el comportamiento que se enjuicia no desencadene un significado reproche social».

Proyectando esta doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, es evidente que el reproche social vinculado a la situación de abandono que ambos acusados permitieron respecto del caballo cuyo cuidado habían asumido conjuntamente, justifica una sanción. Pero la intensidad y el significado de ese reproche obtienen un mejor tratamiento en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

De fecha más reciente, la STS 229/2022, 11 de marzo, estimó el recurso de quien había sido condenado como autor de un delito previsto en el artículo 337.1 del CP y absolvió al acusado, al estimar la necesidad de «… de reservar un ámbito en el derecho administrativo sancionador para cierto grupo de lesiones causadas a animales, domésticos o no. No se trata ahora de cuestionar la antijuricidad de los hechos, sino de recordar –principio de intervención mínima y carácter de última ratio del derecho penal– que el derecho éste ha de reservarse para los ataques más intolerables a los bienes jurídicos. Para ilícitos de menor entidad debe ser suficiente el derecho administrativo sancionador».

En la STS 186/2020, 20 de mayo, anotábamos distintos pronunciamientos de Audiencias Provinciales, cuya lectura hace perfectamente entendible la idoneidad de la respuesta penal frente a la mera sanción administrativa. Los hechos que allí se describen justifican, sin más, la aplicación del derecho penal frente al derecho administrativo. Así, la sentencia núm. 60/2010, 9 de julio (Sección 27 Audiencia Provincial de Madrid), dictada con anterioridad a la reforma de 2015, consideró delictivo que, en un escenario de violencia de género, el acusado diera muerte al cachorro de tres meses propiedad de la víctima, partiéndolo por la mitad al golpearle con un extintor con el que previamente la había atacado a ella cuando se encontraba en su domicilio; la sentencia núm. 202/2011, 22 de marzo –confirmada por esta Sala en la STS 183/2012, 13 de marzo–, condenó penalmente a quien, en el contexto de un robo en domicilio particular, propinó una patada a un perro pequeño propiedad de la moradora, estampándolo contra la pared y matándolo.

[…] En el presente caso, la lectura del juicio histórico pone de manifiesto que los acusados no prestaron al caballo el cuidado debido, «… al no facilitarle los alimentos y líquidos necesarios para cubrir sus necesidades, no sólo para subsistencia sino para llevar una vida sana y adecuada, provocando con ello un daño innecesario al caballo que sufrió de inanición, careciendo de cualquier tipo de control higiénico sanitario. El caballo se encontraba en un corral situado en la calle Cabezo Ballestero de la localidad de Épila (Zaragoza) rodeado de heces secas y escombros, sin ningún tipo de comedero, pienso o alimento; con una valla sin las condiciones necesarias de seguridad, sin comedero, ni depósito de agua».

La reprobación que merecen los hechos imputados a ambos recurrentes no puede prescindir de un elemento del tipo objetivo descrito en el artículo 337 del CP, que exige que como consecuencia de ese maltrato injustificado se cause al animal «… lesiones que menoscaben gravemente su salud». Y esta circunstancia no está debidamente

reflejada en el factum. Incluso en la fundamentación jurídica de la sentencia cuestionada se recoge un elemento fáctico, también invocado por la defensa al reivindicar la apreciación de la atenuante de reparación, que puede ser valorado conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala en favor del condenado. Y es que el animal fue examinado 15 días después de los hechos por un veterinario que certificó su buen estado de salud.

(STS 238/2025, de 13 de marzo).

ARTÍCULO 384 CP

Conducción sin permiso. Es atípica la conducción de un vehículo, una vez cumplida una condena de privación a conducir vehículos de motor por tiempo superior a dos años, sin haber superado con aprovechamiento el curso de sensibilización y reeducación vial.

La conducta no puede subsumirse en el apartado primero del artículo 384 CP porque en ese precepto se sanciona la conducción «en caso de pérdida de puntos asignados legalmente». Exigencias elementales del principio de tipicidad imponen la obligación de sancionar penalmente las conductas tipificadas y en este caso es evidente que el referido tipo penal se refiere exclusivamente a la conducción cuando el sujeto ha sido privado de los puntos asignados al permiso de conducir. No puede extenderse la sanción a otra conducta diferente.

[…] Tampoco puede subsumirse en el párrafo segundo del artículo 384 CP que prescribe la misma sanción a quien «realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción».

En la sentencia impugnada se hace alusión a la sentencia de esta Sala número 510/2022, de 25 de mayo, para afirmar que la conducta podría subsumirse en el artículo 384, párrafo segundo, sin hacer tampoco una afirmación categórica al respecto. No obstante, la citada sentencia carece de valor como precedente dado que no se pronunció sobre la calificación jurídica de los hechos por problemas derivados de la técnica casacional, limitándose a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia impugnada.

El artículo que comentamos utiliza el concepto de «privación cautelar o definitiva del permiso» que es un concepto normativo desconocido en el Código Penal dado que cuando se impone como sanción la

prohibición de conducción el Código utiliza o la dicción «pérdida de vigencia» (art. 384, párrafo primero) o la de «privación del derecho a conducir» (arts. 379, 380 y 381).

Si acudimos al artículo 47.1 CP, que establece los efectos generales de las penas privativas de derecho, se establece que «la imposición de la pena de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia» y en el artículo 47.3 CP se prescribe que «cuando la pena impuesta lo fuere por tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte respectivamente».

Algunas posiciones doctrinales consideran que la pérdida de vigencia es equivalente a la pérdida definitiva, pero tanto el artículo 384, párrafo segundo utiliza los dos conceptos de forma diferenciada, lo que debe tener incidencia en la interpretación de la norma.

Se utiliza como argumento justificativo de esa equiparación lo previsto en el artículo 73.1 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, al disponer que «El titular de un permiso o licencia de conducción que haya perdido su vigencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Código Penal, al haber sido condenado por sentencia firme a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener, una vez cumplida la condena, un permiso o licencia de conducción de la misma clase y con la misma antigüedad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 71.2 para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados».

Sin embargo adviértase que el precepto no utiliza la expresión «pérdida definitiva» del permiso sino «pérdida de vigencia», que debe entenderse como una pérdida temporal ya que aunque la norma diga que con la superación del curso se obtendrá un nuevo permiso, a continuación precisa que será «de la misma clase y de la misma antigüedad», es decir, se rehabilitará el permiso que tenía el conductor.

No hay, por tanto, base normativa para identificar pérdida definitiva con pérdida de vigencia y esa es la razón por la que la propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011, de 17 de noviembre, consideró que no eran términos equiparables señalando que, de un lado, sería contradictorio que se sancionara con la pérdida definitiva del permiso a quien hubiera sido privado cautelarmente sin imponer la misma sanción a quien hubiera sido privado por tiempo inferior a dos años y, de otro, que la condición de pérdida definitiva atiende a la declaración

efectuada en sentencia por lo que sólo si ésta así lo dispusiere habrá pérdida definitiva. En otro caso, habrá pérdida de vigencia que es un concepto normativo diferente y que supone la pérdida limitada al tiempo establecido en la correspondiente sentencia condenatoria.

Por último y desde la perspectiva de la antijuridicidad material, no parece razonable equiparar a efectos punitivos a quien ha sido reiteradamente sancionado en vía administrativa y pierde la totalidad de los puntos asignados a su licencia o a quien nunca ha tenido permiso de conducir y pese a ello conduce frente a quien, habiendo acreditado tener capacidad para conducir vehículos de motor y es sancionado, ha cumplido íntegramente la sanción y conduce sin haber realizado el curso de sensibilización, impuesto por la normativa administrativa. Ciertamente esa conducta es reprochable pero su gravedad no parece equiparable a las otras dos situaciones a las que se refiere el artículo 384 CP.

[…] Precisamente porque es reprochable la conducta el Ministerio Fiscal sostiene en su recurso, como también lo hacía en la citada Circular 10/2011, que esa clase de hechos podrían subsumirse en el delito de quebrantamiento de condena. Se propugna una solución intermedia que pretende sancionar penalmente de forma más benigna a quien no supera el curso de sensibilización, excluyendo equiparar ese incumplimiento al de las otras conductas del artículo 384 CP.

Entiende el Ministerio Público que el incumplimiento de la obligación de superar el curso de sensibilización participa de la naturaleza de una pena accesoria, en tanto que la pena principal (pérdida del permiso de conducir por tiempo superior a dos años) ya ha sido cumplida y ejecutada, por lo que ese incumplimiento es subsumible en el delito de quebrantamiento.

Sin embargo, hay un problema insoluble para ese encaje y es que el curso de sensibilización no forma parte de la condena penal. El Código Penal no establece la obligación de superar ese curso como pronunciamiento de condena. La superación del curso es una exigencia adicional de naturaleza administrativa que viene impuesta por el artículo 73.1 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, y esa es la razón por la que el propio Ministerio Público condiciona la punición a que exista un requerimiento específico a la realización del curso, lo que originaría la inaceptable solución de que la conducta sería punible en función de que exista o no ese requerimiento que, en cualquier caso, el tribunal no viene obligado a hacer porque no forma parte del pronunciamiento de condena.

Sería necesario para proceder a la condena de esta conducta una modificación legislativa que superase los problemas de tipicidad que advertimos en la actual regulación del Código Penal por lo que la con-

ducta enjuiciada es atípica y no susceptible de condena, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda.

(STS 850/2025, de 16 de octubre).

ARTÍCULO 392 CP

Falsedad en documento mercantil. Inexistencia. Falsedad carente de especial idoneidad lesiva colectiva para el tráfico mercantil.

Como hemos puesto de relieve de manera reiterada, en estos tipos de contratos criminalizados el sinalagma contractual pactado, aun de forma tácita, actúa como una suerte de pantalla obligacional para el que defrauda. La lesión del sinalagma, entendido como conjunto de deberes prestacionales principales y accesorios, no es, por tanto, consecuencia del incumplimiento del contrato, sino simple y llanamente de la previa maniobra engañosa que antecedió al propio desplazamiento por parte del sujeto pasivo –*vid*., entre muchas, STS 343/2022, de 10 de mayo; 762/2022, de 15 de septiembre–.

Y no es otro el caso que nos ocupa.

8. Solución distinta, sin embargo, merece la subsunción de los hechos en el delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392, en relación con el artículo 390.1.3.º, ambos, CP. Y ello porque no identificamos la notas que permitan considerar al documento que se tacha de falso como de naturaleza mercantil a efectos penales.

9. De forma necesaria, la estimación parcial del motivo se nutre de las razones de la STS, de Pleno, 232/2022, de 14 de marzo. En efecto, la necesidad de una respuesta casacional uniforme, constatada la existencia de dos líneas jurisprudenciales diversas sobre el concepto de documento mercantil a efectos penales, llevó a la Sala a una reformulación restrictiva del mismo que contó con el apoyo unánime de todos sus integrantes. El punto de partida fue la necesidad de identificar el fundamento del notable mayor castigo del delito de falsedad en documento mercantil respecto a otros comportamientos falsarios. Y para ello, como precisábamos en la referida sentencia, resultaba imprescindible situarse en el análisis del bien jurídico, objeto de tutela en el artículo 392 CP, pues solo desde necesidades específicas de mayor protección podía justificarse tan desaventajado tratamiento penal respecto a otras conductas falsarias. Pues bien, identificado como tal la seguridad del tráfico mercantil, la sentencia del Pleno

destacó su proyección supraindividual mucho más acentuada que con relación al bien jurídico protegido mediante el delito de falsedad en documento privado. Residiendo aquí, precisamente, la razón que justifica las necesidades de protección penal intensificada, anudando a su lesión un mayor reproche punitivo. Lo que explica, también, tanto su ubicación junto a los documentos oficiales y públicos, como, a la postre, su equiparación penológica con las conductas falsarias que recaen sobre ese tipo de documentos. No parece discutible que mediante la sanción de la falsedad de documentos públicos u oficiales se pretende proteger la confianza de la ciudadanía en el buen uso de las facultades o potestades reconocidas a determinadas autoridades o funcionarios para confeccionar documentos. Condiciones de confección presuntivas que son las que otorgan al documento falseado público u oficial la idoneidad para lesionar el bien jurídico protegido y afectar a las funciones documentales con mayor intensidad. Como sostuvimos en la referida Sentencia de Pleno, «dicha equiparación acentúa la necesidad de que el documento mercantil falseado incorpore también una especial intensidad lesiva de las funciones documentales, equiparable a la de los documentos públicos u oficiales. Nivel especial de lesividad que cabe predicar de aquellos que, además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, gocen de una proyección cualificada en el tráfico jurídico. Como argumento de interpretación histórica que refuerza dicha conclusión cabe referirse a la anterior redacción del artículo 303 CP, texto de 1973, precedente del actual artículo 392, en la que se precisaban las clases de documentos mercantiles en relación de analogía o similitud con las letras de cambio. Dicha referencia patentizaba, de forma concluyente, la ratio protectora en cuanto tales documentos por su potencialidad fijadora del crédito y su intrínseca operatividad abstracta, sí incorporan evidentes marcadores de lesividad del bien jurídico de la seguridad del tráfico en su dimensión colectiva o general. El hecho de que la nueva definición típica no incorpore dicha precisa referencia no permite interpretar de contrario la ruptura contextual de significados, pues sigue situándose al documento mercantil en una posición de aventajada protección punitiva que continúa reclamando explicación sistemática».

De tal modo, la consideración del bien jurídico, como elemento rector tanto para la interpretación de los elementos del tipo como para la medición de la antijuricidad exigida para su efectiva lesión, justifica reajustar el contorno aplicativo del tipo del artículo 392 CP. Limitando su aplicación a aquellas conductas falsarias que recaen sobre documentos mercantiles que, por el grado de confianza que generan para

terceros, puedan afectar potencialmente al valor de la seguridad, en su dimensión colectiva, del tráfico jurídico-mercantil.

Así, resultará suficiente la protección penal mediante el tipo del artículo 395 CP frente a la falsedad de otros tipos de documentos que, si bien plasman operaciones mercantiles o han sido confeccionados por empresarios o comerciantes, carecen de dicha especial idoneidad lesiva colectiva –por ejemplo, contratos, presupuestos, tiques, albaranes, recibos y otros justificantes de pago que recaen sobre actos, negocios o relaciones jurídicas sin relevancia para terceros–.

10. Partiendo de lo anterior, surge, irremediablemente, una doble cuestión ¿Puede afirmarse que la falsificación de un documento en el ámbito de una relación contractual privada en la que las partes son comerciantes es susceptible, en todo caso y por sí, de afectar con la intensidad exigida a la seguridad del tráfico mercantil? ¿El contrato de suministro otorgado en este caso es documento mercantil a los efectos típicos del artículo 392 CP?

Ambas cuestiones merecen una respuesta negativa. Los elementos falsarios penalmente significativos del clausulado de un contrato otorgado entre particulares, aunque estos puedan ostentar la condición de comerciantes y fijen una regla negocial de naturaleza mercantil, carece, por un lado, de eficacia más allá de la relación negocial entre aquellos y, por otro, de potencialidad significativa para lesionar la seguridad del tráfico mercantil en un sentido colectivo.

Por ello, en el caso, atendido el contenido contractual del documento otorgado debe reputarse que, de existir conducta falsaria, en los términos precisados en la sentencia recurrida –«por suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido»– debe considerarse recaída sobre documento privado a los efectos típicos del artículo 395 CP.

11. Lo anterior arrastra una consecuencia estructural: la aparición de un concurso aparente de normas entre el delito de estafa y el delito de falsedad en documento privado a resolver, en el caso, conforme al principio de consunción. En efecto, este, a diferencia del delito de falsedad de documento mercantil, incorpora como elemento específico la finalidad de perjudicar a otro. Y ello se traduce en que si el perjuicio producido o buscado con la falsedad del documento privado tiene naturaleza patrimonial se confunde con el de la propia estafa, lo que determina su absorción por esta cuando se presente consumada –*vid*. SSTS 126/2016, de 23 de febrero; 863/2021, de 12 de noviembre–.

12. La consecuencia reductora de la responsabilidad penal que se deriva de la consideración como privado del documento contractual

disculpa de la necesidad de analizar si, en el caso, la mera mención a un tercero en una cláusula de fijación de prestaciones accesorias del contrato –que las facturas se emitan a nombre de una mercantil distinta al otorgante respecto de la que, además, no ostenta ningún poder de representación– puede considerarse que colma la acción típica –«suponiendo en un acto la intervención de terceros que no la han tenido»–. Cuestión compleja, a la luz de las muy singulares circunstancias del caso, que obligaría a trazar los respectivos espacios de tipicidad de las conductas falsarias de los ordinales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 390 CP, para evitar excesos tanto de extensión como de restricción no justificada de la intervención penal.

(STS 528/2025, de 10 de junio).

ARTÍCULO 401 CP

Usurpación de estado civil. Inexistencia. Suplantar la identidad de otro en el examen teórico de conducir constituye delito de falsedad en documento oficial y no usurpación de estado civil. El relato de hechos probados no refleja que el acusado asumiera derechos o beneficios de la persona cuya identidad suplantó.

El artículo 401 del Código Penal sanciona al que «usurpare el estado civil de otro», ofreciendo la misma redacción que presentaba el artículo 470 del Código Penal de 1973. Y aun cuando nuestra jurisprudencia ha destacado que tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 el delito ha dejado de ubicarse bajo la rúbrica de los delitos contra el estado civil de las personas para insertarse en las falsedades del Título XVIII del Código Penal, también hemos expresado que usurpar equivale a atribuirse algo ajeno y que esta asignación debe contemplarse desde su significación etimológica. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española usurpar es apoderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro y, como segunda acepción, supone arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, usándolos como si fueran propios. Consecuentemente, hemos subrayado que la usurpación del estado civil supone algo más que usar el nombre y apellidos de otro, exigiendo la actividad delictiva que el sujeto activo se apropie de alguna de las facultades, derechos u obligaciones que sólo a esa persona suplantada corresponderían (STS 635/2009, de 15 de junio). Y hemos remarcado, además, que la suplantación debe venir revestida de una cierta continuidad o permanencia en el tiempo, pues el aislado delito de uso público de nombre

supuesto que recogía el artículo 322 del Código Penal de 1973, quedó sin expresión típica en el Código Penal vigente (STS 669/2009, de 1 de junio).

(STS 2/2025, de 15 de enero).

ARTÍCULO 402 CP

Usurpación de funciones públicas. El delito no castiga a quien con la simple intención de impresionar a otro crea un escenario que realce su imagen ante aquél.

Se queja el recurrente de que, partiendo del relato fáctico de la sentencia recurrida, no se describen los elementos del tipo penal definido en el artículo 402 CP: usurpación de funciones en el sentido de ejercicio ilegítimo de actos propios de una autoridad o funcionario público, con atribución de carácter oficial.

En nuestro caso, como comprobaremos seguidamente, los hechos relatados son sustancialmente iguales a los analizados en la Sentencia de esta Sala Casacional, STS 441/2024, de 22 de mayo, con el resultado absolutorio respecto al delito de usurpación de funciones, lo que aquí debemos de mantener de igual forma, sustancialmente con arreglo a un criterio constitucional de igualdad ante la ley, evitándose, en consecuencia, fallos contradictorios.

En efecto, la seguridad jurídica, como valor constitucional, se vería seriamente resentida si ante situaciones iguales o similares el ordenamiento jurídico ofreciera soluciones desiguales y, por tanto, contradictorias.

Por ello, trasladaremos la argumentación de la referida STS 441/2024, de 22 de mayo, a nuestro caso, aplicando el propio resultado absolutorio.

Relata tal fallo judicial que nuestra STS 897/2012, de 14 de noviembre, que es exponente de nuestro criterio interpretativo del tipo penal contenido en el artículo 402 CP declara que el citado precepto, como una modalidad de falsedad, con capítulo específico, sanciona a quien aparenta la titularidad de una potestad o función pública de la que se carece, de tal suerte que suscite error en los demás al respecto. Los requisitos del delito son:

a) El autor debe llevar a cabo «actos», en plural, es decir con una cierta persistencia, siquiera mínima, para que la calidad simulada pueda ser tenida por existente en realidad.

b) Los actos cuya ejecución consuma el delito se caracterizan porque cabe predicar de ellos que son «propios» de una autoridad o funcionario. Y propio significa según el Diccionario de la RAE perteneciente o relativo a alguien que tiene la facultad exclusiva de disponer de ello.

c) Y además han de concurrir otras dos circunstancias. Una, negativa, de la que depende la antijuridicidad, cual es la de que ese actuar no sea legítimo, es decir que no concurra ningún elemento que autorice a aquella ejecución de tales actos aun cuando el sujeto activo no tenga la cualidad de autoridad o funcionario de la que tales actos son propios. Otra, que delimita la condición del sujeto activo del delito y atañe a la forma o modo de ejecución de los actos. El sujeto activo no puede ser autoridad o funcionario que se simula y debe llevar a cabo actos que impliquen atribuirse el carácter oficial que no se ostenta.

d) Esa configuración del presupuesto objetivo del tipo penal implica, en lo subjetivo, que solamente cabe la actuación dolosa, no estando tipificada la modalidad culposa. El sujeto ha de realizar los actos conscientes de que se «atribuye» una calidad y de que «no la ostenta», es decir que actúa con consciencia y causando engaño a los demás.

En la STS 898/2012, de 11 de noviembre, se declaró que «este delito que, en el plano objetivo, requiere el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario, ya sean los atribuidos por una disposición legal o reglamentaria, o los que estén en el contexto de las atribuciones cuyo carácter oficial se adjudica el sujeto activo del delito, de manera tal que el engaño que sufre el que se relaciona con el falso funcionario está sustentado sobre la actividad funcionarial que efectivamente realiza el sujeto activo del delito. En el ámbito subjetivo, exige la asunción por el agente de esa función pública, ya sea manifestando oralmente o dándolo a conocer por actos con capacidad bastante para engañar a una persona o a una colectividad, con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y con voluntad de realizar su irregular actuación (SSTS 677/1998, 18 de mayo y 677/1998, 24 de junio).

El agente, en fin, ha de actuar con el propósito de obrar suplantando o falseando la realidad administrativa que se deriva de la exigencia de un nombramiento ajustado a la normativa funcionarial para poder desarrollar unas determinadas funciones públicas –*vid*. SSTS 677/1998, 18 de mayo; 677/1998, 24 de junio; 911/1999, 9 de junio, 897/2012, de 14 de noviembre; 772/2007, de 4 de octubre; 590/2016, de 5 de julio; 206/2022, de 8 de marzo–.

La conducta de usurpación penalmente significativa no viene determinada solo porque el destinatario del engaño crea que el sujeto activo

del delito reúne la condición de autoridad o funcionario. Además, debe exigirse que la errónea representación sea consecuencia de la realización de actos propios de dicha condición o «sólo entendibles», como afirmábamos en la antes mencionada STS 590/2016, en el marco de la actuación profesional pública del funcionario. Se trata, a la postre, de la ocupación ilícita de cualidades profesionales públicas.

Ello supone la necesidad de identificar un marco predeterminado de referencia que permita valorar normativamente si, en efecto, la conducta seguida por el usurpador se ajusta al contenido socialmente reconocible de la función pública que afirma ostentar.

En la STS 897/2012, de 14 de noviembre se consideró delito atribuirse la condición de policía local y en las SSTS 898/2012, de 15 de noviembre y 206/2022, de 8 de marzo se consideró delito atribuirse la condición de Mosso d?Esquadra exhibiendo bien una placa de policía y unas esposas, bien una documentación con membrete de dicho cuerpo. Se estimó la existencia de delito en quien se hizo pasar por Jefe del Departamento de Informática de un ayuntamiento, una vez que había cesado en dicha función (STS 911/1999, de 9 de junio) y en la STS 1670/2002, de 18 de diciembre, se apreció la existencia de usurpación en la conducta de quien se hizo pasar por policía enseñando fugazmente una cartera con el ademán propio del que hace un agente al identificarse, para conseguir que una joven se acercara a un vehículo y consumar allí una agresión sexual.

Por el contrario, no se apreció este delito en un caso en que la función supuestamente usurpada no existía en la administración sanitaria (STS 361/1998, de 16 de marzo), tampoco en unos individuos que exhibieron unas placas de identificación del CNI para obtener ilícitamente una importante cantidad de dinero (STS 849/2022, de 27 de octubre) y tampoco en atribuirse la condición de médico de la Seguridad Social porque se trata de personal estatutario que carece de la condición de funcionarios públicos (STS 677/1998, de 18 de mayo).

En el caso enjuiciado por la STS 441/2024, de 22 de mayo, el acusado realizó una única acción de suplantación, consistente en hacerse pasar por un cargo inexistente –enlace entre la Vicepresidencia del Gobierno y la Casa Real–, en una entrevista con un empresario el día 13 de agosto de 2014. A fin de llevar a cabo la suplantación realizó otro conjunto de actos auxiliares respecto de los que la sentencia no precisa que se hiciera pasar también por ese mismo cargo.

Se apostilla en la sentencia de referencia que, en realidad, para la tipicidad de la conducta se precisa que el acto que se realice sea «propio» de una autoridad o funcionario y esa exigencia nos lleva a cuestionar la naturaleza oficial del acto realizado.

En nuestro supuesto fáctico, en la entrevista con el director del banco, no se narra acto alguno que describa una actuación de un cargo público u oficial, sino por el contrario, una influencia externa u oficial para obtener un determinado comportamiento del director del banco, consiguiendo que se extrajera determinada cantidad de dinero de la cuenta de Saturnino, lo que finalmente se logró con otra superchería, pero no directamente por la influencia del supuesto agente oficial del servicio de inteligencia.

En efecto, los hechos probados narran que el día 10 de octubre de 2014, el acusado en compañía de Saturnino acudieron a la sucursal del banco de Santander sita en Paseo de la Castellana de Madrid, donde mantuvieron una reunión con el director de dicha sucursal, siendo presentado el acusado al director por Saturnino como alguien que trabajaba para el Gobierno, para luego transmitirle que tenía un problema con Hacienda y quería llevarse todo el efectivo que tuviera en el banco para que no lo embargasen, ante lo cual el director de la sucursal puso de manifiesto las dificultades técnicas y operativas para ello atendiendo a la normativa aplicable en materia de blanqueo de capitales y a la falta de liquidez en ese momento en la sucursal y necesidad de habilitar un furgón para trasladar a la oficina todo el efectivo solicitado, momento en que el acusado se levanta y simula una conversación telefónica con la Vicepresidenta del Gobierno, tras lo cual y dado que el director se mantuvo firme en las dificultades puestas de manifiesto, entonces se le propuso poner el dinero a nombre de otra persona y al preguntar el director a nombre de qué persona, el acusado se ofreció a ello volviendo nuevamente el director a plantear inconvenientes y a pedirle su documento nacional de identidad y un justificante de actividad por la normativa vinculada al blanqueo de capitales, enseñándole el acusado su carnet de identidad a la par que manifestó que no tenía nómina y era agente del Centro Nacional de Inteligencia, para acto seguido entregar su D. N. I. y facilitar su número de teléfono y direcciones de correo electrónico.

Durante esta reunión encima de la mesa del director de la sucursal, el acusado colocó intencionadamente un documento escrito en el que aparecía la bandera de España y un membrete de altas instituciones del Estado.

Como quiera que el director de la sucursal bancaria siguió formulando objeciones a esta segunda alternativa ofrecida, finalmente Saturnino retiró dinero en efectivo por importe de 25.000 euros previa entrega de un cheque por dicho importe emitido al portador con fecha del día 10 de octubre de 2014, firmado por Camino.

Una vez fuera de la sucursal bancaria el acusado recibió de Saturnino esos 25.000 euros, y dado que el director de la sucursal se quedó

absolutamente extrañado por las características de las operaciones propuestas, tras consultar con los servicios de seguridad bancaria, alertó telefónicamente a la mujer de Saturnino trasladándole la irregularidad de la situación, motivo por el que Camino habló con su marido diciéndole que pidiera la devolución del dinero, cosa que así hizo Saturnino, ante lo cual el acusado por la tarde de ese día 10 de octubre le entregó un sobre con 10.000 euros.

De manera que parece claro que el acusado simula aparentar una influencia como agente de inteligencia ante el director del banco, pero ello no es una simulación de las funciones de un cargo o funcionario público, sino precisamente un comportamiento nada ético, y desde luego, totalmente reprochable desde una perspectiva de una supuesta legalidad de su función como agente estatal.

Es claro que el artículo 402 CP exige que los actos realizados por el sujeto activo sean propios de una autoridad o funcionario, lo que exige que el cargo que se dice ostentar exista y tenga atribuidas las funciones que se realizan indebidamente. En este caso el cargo no existía. Se refiere en el juicio histórico «como alguien que trabajaba para el Gobierno», «enseñándole el acusado su carnet de identidad a la par que manifestó que no tenía nómina y era agente del Centro Nacional de Inteligencia, para acto seguido entregar su D. N. I. y facilitar su número de teléfono y direcciones de correo electrónico» (no consta que oficiales).

La Sentencia sobre la que descansa nuestra resolución judicial (STS 441/2024, de 22 de mayo), sostiene que el delito no castiga a quien con la simple intención de impresionar a otro crea un escenario que realce su imagen ante aquél y eso es lo que sucedió en este caso. No concurren los presupuestos típicos exigidos para la sanción penal de la conducta enjuiciada, lo que conduce a la estimación del motivo y a la absolución del recurrente por el delito de usurpación de funciones por el que ha sido condenado.

(STS 885/2025, de 29 de octubre).

ARTÍCULO 404 CP

Prevaricación administrativa. Inexistencia. Concesión de una nueva subvención para hacer frente a obras no incluidas en el proyecto inicialmente subvencionado. No puede apreciarse un fraude de ley en la decisión de afrontar el pago de las obras que excedían del proyecto.

Contrariamente a lo que se indica en la sentencia impugnada, el delito de prevaricación no puede asentarse en la decisión de conceder

una nueva subvención y la eventual contradicción de esta medida con el ordenamiento jurídico.

[…] La sentencia argumenta que la decisión se enfrentaba a los artículos 234.2 y 234.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público entonces vigente (TRLCSP), al quebrantar el principio de concurrencia que se recogía en tales preceptos. En concreto reprocha que se «concedió por la Diputación Provincial una nueva subvención ad hoc justificada en un supuesto proyecto de melloras cuya adjudicación mediante un simulado negociado sin publicidad, estaba decidida de antemano a favor de aquella empresa y comprendía obras ya realizadas así como otras nuevas; con infracción de la normativa administrativa en la materia (entre otros arts. 234.2, 234.3,1 del entonces vigente TRLCSP), del principio de concurrencia que rige en la contratación pública y de las prohibiciones contenidas en las Bases Reguladoras do Plan de Investimentos da Deputación Provincial de Pontevedra 2009-2011 (décimo cuarta), en cuanto no admitían ni modificados ni liquidaciones con incremento a cargo de la Diputación».

Pero los criterios de ilegalidad que se esgrimen en la sentencia de apelación no son correctos.

La modificación de un contrato público surge cuando cambian algunas de las necesidades del órgano de contratación o cuando aparecen hechos nuevos que resultaban imprevisibles en el momento de planificar el contrato. Para estos supuestos, el artículo 234.1, 234.2 y 234.3 del TRLCSP entonces vigente, establecía un mecanismo de determinación del precio de las modificaciones entre las partes contratantes y no la obligación de derivar su ejecución a una nueva licitación con terceros como parece pretenderse.

En concreto establecían que, en caso de que la modificación supusiera la supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tenía derecho a reclamar indemnización alguna. Por el contrario, cuando las modificaciones supusieran la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difirieran de las fijadas en éste, el precio aplicable a las modificaciones debía ser fijado por la Administración previa audiencia del contratista. Sólo si éste no aceptaba los precios fijados novedosamente por la Administración, el órgano de contratación podía contratar las modificaciones con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente, lo que aquí no se proclama que ocurriera. Y preceptuaba, también, que cuando fuera el Director facultativo de la obra el que considerara necesario hacer una modificación del proyecto, debía

pedir previamente autorización al órgano de contratación para abordarlo; estableciéndose un procedimiento para fijar entre ellos el precio si la modificación desbordaba el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto y representaba un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.

Consecuentemente, ni la norma establece ningún impedimento para introducir modificaciones o aumentos en un proyecto, ni desde luego conduce a que necesariamente deba abrirse, con concurrencia de terceros, un procedimiento de licitación para su ejecución.

[…] Tampoco la ley prohibía la concesión de una nueva subvención para obras que no estaban recogidas en el proyecto inicial. Ni la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, prohíbe sufragar actuaciones que no estén reflejadas en una subvención anterior (concurrencia de subvenciones), ni siquiera para otorgar una ayuda económica puede ser obstáculo que las obras subvencionadas estén ya ejecutadas y terminadas, pues, como indican los recurrentes, el artículo 2.1.b) del texto normativo reconoce como subvención cualquier disposición numeraria sujeta «al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar». Y de igual modo se posiciona la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia, que redacta su artículo 2.1.b) en los mismos términos que la norma nacional.

[…] Sostiene la sentencia que la concesión de la nueva subvención se enfrentaba a lo dispuesto en la Decimocuarta de las Bases Reguladoras del Plan de Inversiones de la Diputación Provincial de Pontevedra para los años 2009-2011 que, sobre las «Modificaciones de los contratos», indicaba que «El órgano contratante de la Diputación no autorizará la realización de modificados ni complementarios de los proyectos, ni liquidación alguna por excesos de medida. Asimismo, tampoco autorizará la aplicación de bajas de adjudicación ni para éste, ni para otros proyectos».

Pero lo que la norma veta con esa previsión es que unas obras subvencionadas puedan, por vía de modificaciones u obras complementarias, romper las posibilidades presupuestarias de la Diputación Provincial inicialmente computadas para ese periodo temporal, no que las modificaciones de obra no puedan abordarse o que la Diputación Provincial no pueda asumir su pago con mecanismos que eludan ese riesgo.

En concreto, en el párrafo siguiente al anteriormente transcrito, la norma recogía que «Si excepcionalmente fuese necesario el incremento del coste será con cargo al crédito del ayuntamiento, que habrá de

renunciar a la ejecución de alguna otra obra si fuera preciso. En este caso deberá realizarse el ingreso con carácter previo al expediente de modificación»; haciendo con ello referencia a la Caja de Crédito Municipal, a través de la cual la Diputación concede anticipos reintegrables a los municipios para financiar la aportación económica que estos hagan a los Planes Provinciales de Obras y Servicios de la Diputación o a cualquier otro Plan que apruebe la Diputación para obras y servicios.

Consecuentemente, la cobertura económica de unas obras diferentes de las inicialmente subvencionadas, con cargo a unos presupuestos distintos y en un ejercicio posterior al trienio contemplado por la norma, no podía descomponer la previsión presupuestaria de la Diputación, que es lo que la base decimocuarta no permitía.

Con todo, no puede entenderse que exista un fraude normativo cuando el propio Tribunal de apelación declara que la decisión de conceder la segunda subvención, adoptada por toda la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial y no sólo por su Presidente, vino referida a unas obras que: a) efectivamente se habían hecho; b) eran diferentes de las que se habían incluido en el proyecto de obra inicialmente subvencionado; c) se facturaron conforme a los precios de mercado y d) se atendieron finalmente con cargo a la partida presupuestaria NUM000, que era de libre disposición del Presidente de la Diputación y correspondía al presupuesto del trienio posterior, esto es, del año 2013. Máxime, si consideramos que estas obras tampoco se abordaron por una connivencia entre los acusados para simular o generar artificialmente su necesidad, pues ese concierto no se refleja en ningún punto de los hechos probados y no se ha hecho ningún esfuerzo probatorio por definir cuáles fueron las causas y los responsables del aumento de las obras o si existió alguna actuación desviada de los contratistas o de los funcionarios para realizarlas.

Dicho de otro modo, no puede apreciarse un fraude de ley en la decisión de afrontar el pago de las obras que excedían del proyecto, cuando el relato de hechos probados de la Audiencia Provincial proclama que estas obras estaban realmente ejecutadas, se facturaron a precio de mercado, se pagaron por la Diputación sin descomponer el presupuesto del año en el que se otorgó la subvención del proyecto inicial, y no aparece en el procedimiento ningún marcador que refleje que las obras se hicieran por un interés ilegítimo de los involucrados.

[…] La sentencia de apelación impugnada también hace descansar el delito de prevaricación en que los acusados, cada uno en su condición, se pusieron de acuerdo para crear y desarrollar un procedimiento administrativo ficticio con la intención de que la Diputación Provincial pudiera adjudicar los trabajos y abonar el importe de la segunda

subvención a Construcciones Eiriña SL, al ser ésta la empresa que ya había ejecutado materialmente las obras que estaban fuera del proyecto final.

En concreto la sentencia proclama que, tras concederse la nueva subvención, Enriqueta, diputada delegada en materia de contratación, desconociendo el plan de los acusados porque se limitaba a firmar los documentos que le presentaban, aprobó el proyecto y expediente de contratación, acordando invitar al concurso público a las empresas Eiriña SL, Construcciones E. C. Casas SL y Canalizaciones y Construcciones Salnés SL. Y afirma también que, como la invitación a las dos últimas empresas fue sin el propósito real de valorar sus propuestas, la Diputada delegada en materia de contratación –por resolución del 8 de octubre de 2013– adjudicó la ejecución de las obras ya efectuadas a la empresa Construcciones Eiriña SL. Posteriormente, el 21 de octubre, firmó el contrato con Matías, como administrador de Construcciones Eiriña SL. Y una vez presentada la certificación de la obra el 22 de noviembre de 2013, la diputada delegada aprobó el 18 de diciembre el reconocimiento de la obligación de pagar la mencionada certificación.

[…] Reconoce la sentencia de apelación, con acierto, que la realización de un expediente de contratación en el que el adjudicatario está previamente definido y en el que los otros licitantes son invitados por su intención de no adjudicarse el contrato, supone la vulneración de los principios de concurrencia, igualdad y transparencia que rigen la contratación de la obra pública, como así recogían los artículos 131, 133, 139, 169 o 178 del RDL 3/2011, entonces vigentes.

Proclama también que la decisión que se tacha de ilegal no fue adoptada por Imanol, sino por la diputada delegada, que ejercía por sí misma la competencia encomendada de la contratación. Pero atribuye a aquel la responsabilidad porque el presidente de la Diputación era plenamente consciente de las irregularidades desplegadas para la contratación, reprochando así una comisión por omisión que parece extraerse de que, cuando el artículo 35.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que el Presidente de la Diputación puede delegar el ejercicio de cometidos específicos a cualquier diputado, y entre ellos su facultad de dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras cuya titularidad o ejercicio corresponde a la Diputación Provincial [art. 34.1.d), de la Ley 7/1985], el delegante asume un implícito deber legal de supervisión de lo realizado por el delegado.

[…] No obstante, como indica la defensa, en todas las resoluciones de esta Sala que se recogen en la sentencia de apelación impug-

nada, la perversión en la adjudicación de la obra siempre estuvo acompañada de un desvalor que se añadía al mero incumplimiento de las exigencias de garantía inherentes al procedimiento administrativo de contratación.

En el supuesto de la STS 600/2014, de 3 de septiembre, un Teniente de Alcalde no solo prescindió de todo expediente administrativo para efectuar la contratación de un supuesto asesor de las empresas municipales, sino que lo hizo para contar con su asesoramiento personal y para facilitar al contratado unos ingresos por una actividad que nunca abordó. En aquel supuesto proclamamos la existencia del delito de prevaricación no solo porque se prescindió de todo procedimiento y se obvió todo trámite para la «contratación», sino porque respondía «al mero voluntarismo erigido como única fuente de la decisión, estando lo decidido en función del mero clientelismo político (beneficiar a un militante del partido) y en las antípodas del correcto funcionamiento de las instituciones. Existió un evidente daño a la causa pública».

En la STS 606/2016, de 7 de julio, relativa a un caso de contrato negociado sin publicidad, en el que se admitió la alegación del recurrente de que el trabajo contratado se había realizado correctamente y a precio de mercado (por lo que se le absolvió del delito de fraude del art. 436 del Código Penal por el que también había sido condenado), se mantuvo el delito de prevaricación porque la designación de la persona contratada efectuada de antemano, se había basado simplemente en que el beneficiado era «amigo y correligionario» de quien efectuó la contratación, declarando la Sala que la resolución arbitraria requiere ser objetivamente injusta y ser pura y simplemente producto de la voluntad del sujeto activo, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

En la STS 311/2019, de 14 junio, no solo se trataba de un supuesto en el que se produjo la contratación de un determinado arquitecto para la ejecución de una obra con simulación del procedimiento administrativo seguido por la Administración, sino que la designación por el presidente de la Comunidad Autónoma había tenido lugar «sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad». En concreto, en dicha sentencia argumentamos «De los hechos probados se desprende con claridad que esa contratación se efectuó por el recurrente, directamente llegando a un acuerdo con el arquitecto, e indirectamente ordenando la confección del expediente que lo justificara aparentemente, sin ajustarse en modo alguno a dichos procedimientos administrativos de contratación, impidiendo la concurrencia de otros profesionales que pudieran estar capacitados

para aquella finalidad, sin que existieran razones objetivas, más allá de sus propios deseos y de su voluntad, para sostener de forma razonable que solamente el [indicado arquitecto] era capaz de la ejecución de lo pretendido».

En el supuesto de la STS 695/2019, de 19 de mayo de 2020, la existencia de un resultado materialmente injusto conectado a la adopción de la resolución arbitraria había quedado de manifiesto, entre otras razones, porque la licitación constituyó una farsa a través de la que conseguir dinero para poder pagar a la subcontratada, pues la persona a la que se habían adjudicado directa y previamente otros contratos carecía de capacidad técnica para ejecutarlos y hubo de acudir a la subcontratación para cumplir la encomienda.

En la STS 507/2020, de 14 de octubre, la contratación pública se impuso arbitrariamente en favor de unos adjudicatarios que habían ofrecido el pago de importantes comisiones a los responsables.

Y en la STS 1002/2021, de 17 de diciembre, se trataba de la venta de terrenos públicos con infracción de la legalidad de fondo y procedimental, pues la transmisión de los bienes raíces se hacía por menor precio del de mercado para primar el interés particular de los intervinientes.

[…] Sin embargo, no es esto lo que aconteció en este supuesto pues, según el propio relato fáctico de la Audiencia Provincial, las obras que excedieron del proyecto inicial, no se ha probado que se abordaran por un concierto ilegítimo de ninguno de los acusados; además, estaban realmente hechas, se habían facturado conforme a los precios de mercado y Imanol supo de su existencia cuando ya estaban terminadas.

Y dando la Audiencia Provincial esa realidad por probada, debemos contemplar la jurisprudencia contencioso-administrativa que hace referencia a esta cuestión.

La STS 930/2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, señalando asimismo su sentencia de 9 de octubre de 2020, destaca que el exceso en la ejecución de las obras efectivamente realizadas y entregadas a la Administración, tanto sea a consecuencia de actos de la propia Administración como de la dirección facultativa de la obra, produce un enriquecimiento injusto para aquella y un empobrecimiento para la contratista que impone a la Corporación la obligación de pagar el coste de las obras.

La misma sentencia, así como la sentencia de la misma Sala de 16 de octubre de 2000, reflejan que siempre que se realizan obras, unidades de obra u obras complementarias que no estaban comprendidas en el proyecto que sirvió de base al contrato administrativo, se están llevando a cabo modificaciones de dicho proyecto, siendo aplicable a

todos estos supuestos el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto de la Administración.

Y en la misma resolución se recuerda, invocando una doctrina ya plasmada en las Sentencias de 12 de febrero de 1979, 21 de noviembre de 1981 o 15 de junio de 1999, que si efectivamente fueron ordenadas unas obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia de los requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que este pueda percibir su importe. Lo relevante es que conste acreditado que las órdenes se dieron por quienes para el contratista tenían la apariencia suficiente de ostentar la efectiva potestad de la contratación administrativa.

[…] Nuestra jurisprudencia ha indicado que la prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal precisa de un plus de antijuridicidad, de modo que la resolución cuestionada introduzca un grave trastorno de la actividad normal de los organismos públicos; y recordábamos antes nuestra STS 82/2017, de 13 de febrero, en la que subrayamos que «La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada».

Sin embargo, en el caso enjuiciado no se declara probado un contenido injusto que venga derivado de la irregularidad en la contratación. Antes al contrario, lo que se declara probado es que la actuación de los acusados respetó la proscripción del enriquecimiento injusto que censura la jurisprudencia contencioso-administrativa antes indicada. Se afirma por la Audiencia, que la irregularidad que se desplegó para la contratación administrativa no estuvo pervertida por un interés ilegítimo del Presidente de la Diputación de Pontevedra o porque se concertara con otros para lograr beneficios particulares o contrarios a las obligaciones de la Administración. Lo que la sentencia proclama es que Imanol conoció que se habían realizado unas actuaciones no incluidas en el proyecto de obra, cuando los trabajos habían sido ya ejecutados. Proclama también que no se ha acreditado que el contratista actuara con mala fe cuando realizó las obras al margen del proyecto inicial (p. 75 de la sentencia de apelación impugnada). Por último, subraya que no consta que se haya cobrado por más de lo efectivamente realizado, ni tampoco a precios superiores a los del mercado (p. 74).

En tal coyuntura, el Presidente no podía ordenar la demolición de unas modificaciones al proyecto que estaban ya ejecutadas, pues

hubiera supuesto, además de la pérdida del servicio que iban a prestar las obras no previstas, la obligación de pagar al contratista una indemnización por los trabajos desmantelados y por los gastos de derrumbe.

En modo alguno puede asumirse que la demolición de la obra o el impago de los trabajos recibidos, fuera la actuación que imponía el ordenamiento jurídico al Presidente de la Diputación y que fueran precisamente esos los comportamientos garantizados con la amenaza de la sanción penal que le ha sido impuesta. La obligación impuesta por el ordenamiento jurídico era, como se ha subrayado con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, el pago de las modificaciones desarrolladas. Como reflejamos en nuestro ATS de fecha 16 de abril de 2021, Causa Especial 20490/2015, no es factible que se tache de ilegal o de injusto el pago de unos servicios irregularmente contratados pero que materialmente han llegado a obtenerse, pues lo contrario sería un claro supuesto de enriquecimiento injusto.

Podemos así concluir que el deber de pagar todas las modificaciones abordadas en la obra y el hecho de que estuvieran definidos los sujetos recíprocamente concernidos por la deuda, determinó que el expediente administrativo se desviara de sus exigencias legales, buscando únicamente que pudieran desbloquearse unos fondos correctamente asignados y que pudiera pagarse con ellos a la constructora que realmente había abordado los trabajos. Una consideración de atipicidad penal que no equivale proclamar la irrelevancia de los hechos, eventualmente sujetos a las oportunas responsabilidades administrativas o contables, si a ello hubiera lugar y se tuviera por conveniente.

(STS 96/2025, de 6 de febrero).

ARTÍCULO 417 CP

Revelación de datos reservados. Caso Fiscal General del Estado. Quebrantamiento injustificado del reforzado deber de reserva y confidencialidad, referido a negociaciones de conformidad entre abogado y fiscal, que no desaparece por el hecho de que la información conocida por razón de su cargo ya haya sido objeto de tratamiento público.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de divulgación, cometido por autoridad, de datos reservados de los que tiene conocimiento por razón de su cargo, (art. 417.1 CP).

Como expondremos al analizar el tipo penal objeto de la condena la conducta típica, considerada en su conjunto, comprende la filtración del correo electrónico al que se refiere el hecho probado, y la publica-

ción de una nota con los datos que no debieron ser divulgados por su afectación a los derechos enmarcados en el derecho al proceso debido.

La consideración de dato reservado se rellena desde la vulneración de la normativa que obliga a la confidencialidad cuyo incumplimiento lesiona derechos de la persona a la que se refieren. Por ello la expresión del tipo penal «que no debe ser divulgada» debe ser entendida de manera funcional en el sentido de que la obligación de reserva de la autoridad o funcionario público sirve a la necesidad de preservar los derechos y garantías del ciudadano frente a la administración. Esta, para el cumplimiento de sus fines, accede a información privada y personalísima de aquél y, como tal, no disponible. Simultáneamente, debe velar por la utilización correcta de dicha información, para no quebrar tales derechos y garantías en una relación claramente asimétrica.

En el caso, la conformidad del imputado supone un reconocimiento de los hechos y su tipicidad.

De no llegarse a un acuerdo, su divulgación podría producir una lesión a su derecho de defensa y a la presunción de inocencia que el Ministerio público debe garantizar.

[…] La comisión del delito del artículo 417.1 requiere la revelación de secretos, o de una información, que no deba ser divulgada y de la que se haya tenido conocimiento por razón del cargo (STS 493/2014, de 11 de junio, con cita de la STS 67/2013, de 30 de enero). El tipo penal prevé un tipo agravado para el caso de que resultara un grave daño para la causa pública. En el tipo básico «hay que ponderar que el daño se tendría por producido con realizar la conducta típica que, salvo supuestos de ausencia de lesividad, es dañina intrínsecamente» (STS 493/2014, de 11 de junio).

[…] La divulgación descrita se subsume en el tipo penal porque supone la afectación de derechos fundamentales de la persona a la que se refería y, por ello, comprometió o afectó al funcionamiento de la institución misma, esto es, a la Fiscalía General del Estado, garante de tales derechos.

Así se colma la necesidad de una cierta legitimidad mixta que late en el precepto; es un delito contra la Administración Pública que, a la vez o, además, vulnera derechos fundamentales.

Esa consideración de afectación de derechos fundamentales nos impide subsumir la conducta en el párrafo segundo, el grave daño para la causa pública o para tercero, pues conformamos la tipicidad con la revelación de datos reservados que comprometen los derechos procesales de un ciudadano. El grave daño para la causa pública o para un tercero, en este caso, ya aparece recogido en la subsunción del apartado primero del artículo 418 CP.

[…] El deber de confidencialidad de cualquier miembro de la Carrera Fiscal, en relación con los datos de los que tenga conocimiento durante la tramitación de un expediente de conformidad, no deriva de una práctica protocolaria que aconseja no divulgar las propuestas de la acusación pública y la defensa que preceden a la aceptación de la autoría del delito. Se trata de un deber legal impuesto por el marco jurídico en el que esas negociaciones se desarrollan. Su justificación es más que evidente. Quien expresa su voluntad de aceptar la autoría del delito que le es imputado evita el strepitus fori que sigue a la celebración del juicio y puede obtener una rebaja de pena por su disposición a reconocer la culpabilidad. Pero todo ello pasa, claro es, por la exigencia de que esa disposición no trascienda al Juez o Tribunal que, en la hipótesis de fracaso del pacto de conformidad, llegue a asumir la competencia para el enjuiciamiento, pues difícilmente podría articularse una defensa eficaz.

[…] Así se expresa con claridad en el Protocolo de Actuación para juicios de conformidad entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía, suscrito con fecha 1 de abril de 2009. En el apartado 1.º de su exposición se dice expresamente: «la conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionando al acusado dispuesto a reconocer la culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización».

El mismo Protocolo, para evitar el efecto contaminante que puede generar en el órgano de enjuiciamiento llegar a conocer, si así llegara a suceder, la frustrada disposición del acusado para aceptar su responsabilidad, establece en su artículo 5, apartado 3.2, abierto ya el juicio oral, que «… el pacto de conformidad se desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación».

Sin confidencialidad, pues, el pacto de conformidad se aleja de su propia naturaleza y puede generar, en el caso de difusión, un irreparable perjuicio para el justiciable.

Así lo entendió también la Fiscalía General del Estado cuando dictó la Instrucción 2/2009, de 22 de junio, sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española.

[…] Este deber de confidencialidad también resulta de la Directiva UE 2016/343, de 9 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se refieren en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el enjuicia-

miento. En el apartado 16 de la fundamentación afirma que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia si las autoridades encargadas de la reprensión de hechos delictivos se refieren a un sospechoso o a un acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley.

[…] El deber de confidencialidad se enmarca, en consecuencia, en el necesario respeto del derecho a la presunción de inocencia y al derecho al proceso debido, y alcanza su máxima expresión cuando se transgrede en aspectos íntimamente relacionados con estos. Esta íntima transgresión tiene lugar cuando, como ocurrió en el caso de autos, la divulgación de la información supone la expresión de culpabilidad de una persona que, aún, no ha sido sometida a proceso penal alguno.

El sujeto investigado que, por evitar el juicio o cualquier otro interés legítimo, procura la conformidad, realiza un reconocimiento de la culpabilidad en el hecho investigado que, en el marco en el que se desarrolla, debe permanecer confidencial para evitar que si esta no se alcanzara, el reconocimiento manifestado no perjudique su derecho de defensa y su derecho, también fundamental, a la presunción de inocencia. Los protocolos firmados, las normas que surgen de las instrucciones del Ministerio Fiscal y la Directiva acotada, así lo disponen y es una exigencia que resulta del contenido esencial de los derechos fundamentales indicados.

Consecuentemente, el incumplimiento normativo es evidente como también lo es el incumplimiento material de los valores jurídicos que protege la norma.

[…] En este marco, cabría también concluir que aun cuando una determinada información fuera, total o parcialmente, conocida, la obligación de reserva de la autoridad o funcionario que la hubiera conocido por razón de su cargo permanecería, porque la acción de divulgar el dato reservado por quien es garante de la obligación de sigilo, en sí misma es dañina. Y lo es porque implica una utilización perversa de las herramientas e instrumentos privilegiados de los que goza la administración para acceder a la información confidencial y personal de los ciudadanos.

Se produce la lesión a los derechos fundamentales del imputado si la información que se divulga por la autoridad o funcionario hace aparecer a una persona como culpable de un delito cuando, hasta el momento, solo es sospechosa de su comisión o, únicamente, ha sido denunciada. Porque, aun cuando la información ya hubiera sido divulgada, total o parcialmente por terceros, el riesgo de quiebra de la presunción de inocencia permanece inalterable y con ello, el carácter reservado de la información que, como hemos dicho, es un concepto

de naturaleza funcional destinado a la protección, entre otros, de este derecho fundamental.

De esta manera, el criterio para determinar el carácter reservado de la información que se divulga no sería tanto el conocimiento previo, o no, de la misma por terceros, cuanto la afectación que dicha divulgación tiene en los derechos de las personas a las que se refiere la información, precisamente por quien es garante de su observancia.

La experiencia indica que son muchas las causas que pueden llevar al fracaso del expediente de conformidad. La justicia consensuada puede interrumpirse, tanto por iniciativa del Fiscal como a instancia de la defensa, bien sea por un desacuerdo en la calificación legal de los hechos, en la extensión de la pena o en la cuantificación de la responsabilidad civil. Fracasada, por una u otra razón, la negociación sobre una eventual conformidad, el silencio institucional acerca de qué estaba dispuesto a ofrecer o aceptar la defensa del acusado se convierte en indispensable. Divulgar el reconocimiento de la autoría del delito –presupuesto sine qua non para que la conformidad se materialice en un acuerdo ofrecido al órgano de enjuiciamiento– supone una evidente vulneración del deber de reserva y confidencialidad que pesa sobre el Ministerio Fiscal.

[…] Esa vulneración tiene efectos, desde luego, en el ámbito disciplinario. El artículo 62.12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, 30 de diciembre, considera falta muy grave: «la revelación por el Fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona». La suspensión, el traslado forzoso o la separación del servicio constituyen las sanciones imponibles al Fiscal que quebrante el deber de confidencialidad.

El contenido antijurídico de la conducta divulgadora de un dato que no debe ser revelado tiene previsto un reproche disciplinario, anteriormente expuesto, y otro penal, contenido en el artículo 417 del CP castiga a «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados».

La convergencia entre el plano de la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad penal añade al presente caso una particularidad que no puede ser obviada. Y es que la condición de Fiscal General del Estado con la que el Sr. Nemesio –Fiscal de carrera con la categoría de Fiscal de Sala– ha comparecido en juicio le sitúa fuera del marco disciplinario al que estaría sometido como cualquier otro funcionario del Ministerio público. Pero, además, la diferenciación entre una y otra

consecuencia por el incumplimiento del deber de confidencialidad radica, como sucede, cuando el ordenamiento reacciona a la conducta antijurídica con una sanción disciplinaria administrativa y otra penal, en la gravedad del injusto, reservando a los hechos más graves la respuesta penal. En el caso de este enjuiciamiento, la mayor gravedad resulta palmaria cuando lo afectado es una lesión a derechos fundamentales, en el caso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, pues la divulgación de un reconocimiento de autoría, efectuado en un expediente de conformidad, hace difícil la defensa en un proceso contradictorio, cuando la acusación ya dispone de un reconocimiento de autoría que ha divulgado en contravención de los deberes legalmente impuestos.

En cualquier caso, más allá de la influencia que este hecho –la ausencia de normas disciplinarias aplicables al Fiscal General del Estado– tenga en el juicio de tipicidad, lo cierto es que la difusión de datos o informaciones de los que se tenga conocimiento por razón del cargo implica una conducta antijurídica con plena cabida en la porción de injusto definida en el artículo 417 del CP.

La inaplicación al Fiscal General del Estado del cuadro disciplinario, que sí es aplicable a todos sus subordinados, hace inútil el debate acerca de si los hechos serían susceptibles de un tratamiento más adecuado en vía administrativa. Concluir que la difusión del correo electrónico de 2 de febrero de 2024 es constitutiva de una infracción disciplinaria muy grave para, a continuación, postular la impunidad de la conducta porque la cabeza jerárquica del Ministerio Fiscal no está sujeta a la responsabilidad disciplinaria a la que se someten el resto de los Fiscales, sólo sería admisible –insistimos– si los hechos carecieran, por sí solos, de entidad penal.

Esta Sala ha analizado detenidamente el juicio de subsunción con el fin de resolver si los hechos, más allá del tratamiento disciplinario que habrían tenido en otro supuesto, son encajables en el artículo 417 del CP. Para ello se impone discernir si, con independencia de la inaplicación de unas infracciones disciplinarias que actuarían como el primer escalón de la antijuridicidad, la conducta que damos por probada es merecedora de una repuesta penal.

[…] En el presente caso, la antijuridicidad material de los hechos imputados está fuera de cualquier duda. Son imaginables, desde luego, conductas de menor trascendencia en la erosión al bien jurídico protegido. Por ejemplo, que la difusión del correo electrónico se hubiera producido en un círculo mucho más reducido o que no alcanzara a ser conocido por el órgano de enjuiciamiento. Sin embargo, la difusión radiofónica de la nota de prensa en la que se transcribía la literalidad

del contenido del correo, su impacto mediático en redes sociales y el debate político que siguió a su conocimiento por terceros, no permiten entender que estamos en presencia de un problema de responsabilidad disciplinaria –impune a vista de su inaplicación al fiscal General del Estado– o ante un mero supuesto de antijuridicidad formal sin encaje en el tipo previsto en el artículo 417 del CP.

[…] Evidentemente no es un secreto, pero el acceso al contenido del correo sólo se explica y entiende por tratarse de una información obtenida por razón del cargo y que no debe ser divulgada.

Conviene insistir en que el tipo objetivo se dibuja en el artículo 417 del CP en términos alternativos –secretos o informaciones–. El tantas veces mencionado correo electrónico de 2 de febrero de 2024, luego transcrito en sus pasajes más relevantes en la nota de prensa redactada conforme a las indicaciones del Fiscal General, no era un secreto, pero era una información relevante para no comprometer el derecho a la presunción de inocencia de quien muestra al Fiscal su disposición a iniciar un expediente de conformidad.

[…] Así delimitado uno de los elementos del tipo objetivo se hace más fácil dar respuesta a la insistente línea argumental que indica que lo que ya ha sido divulgado no merece la protección dispensable a la información secreta o reservada, que todo aquello que ya es conocido por el público se sitúa extramuros de la tutela penal que se dispensa a informaciones que puedan comprometer el derecho a la presunción de inocencia.

No asumimos este planteamiento.

El deber de confidencialidad del Fiscal General del Estado –en términos generales, de cualquier funcionario del Ministerio Fiscal– no desaparece por el hecho de que la información que él conoce por razón de su cargo ya ha sido objeto de tratamiento público.

[…] el deber de información cede cuando se eluden los deberes de reserva y sigilo y se pueden erosionar los derechos de los afectados.

[…] La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42 CP) supone la privación definitiva del cargo sobre el que recae. Se concreta, como exige el artículo 42, exclusivamente en el que ostentaba el acusado en el momento de los hechos: Fiscal General del Estado. Nos parece que, desde una perspectiva estrictamente penal, es proporcionada esa acotación. No es necesario ser fiscal para alcanzar la titularidad de la Fiscalía General del Estado. No nos corresponde dilucidar las consecuencias extraprocesales de la condena, que se mueven en otro plano; tan solo constatamos que penalmente esa extensión limitada a ese cargo nos parece proporcionada revelándose como excesiva su proyección a otros. Por lo demás, esa era la petición de la acusación particular.

Conllevando la pena la pérdida del cargo, la duración de la incapacidad para desempeñarlo se convierte en este caso en una cuestión de muy limitada trascendencia.

(STS 1000/2025, de 9 de diciembre).

ARTÍCULO 463 CP

Obstrucción a la justicia. No se justifica la conducta del abogado por la previa renuncia a la defensa por diferencias irreconciliables con el cliente, presentada con un solo día de antelación al juicio.

Así, nos encontramos ante circunstancias claras y concretas:

1. El recurrente asumió la defensa de una persona en situación de prisión provisional.
2. Estaba señalado el día del juicio.
3. Estaba notificado el mismo y el recurrente lo sabía.
4. El recurrente expuso que renunciaba a la defensa por escrito un día antes del juicio.
5. La LAJ se puso en contacto con el recurrente advirtiéndole que era causa con preso y el juicio era al día siguiente y se dictó providencia ese día 12 de Julio no admitiendo la renuncia con apercibimiento de incurrir en delito del artículo 463 CP.
6. Pese a no habérsele admitido no se presentó a la causa con preso del día 13 de Julio teniendo que suspenderse el juicio, habiéndosele advertido ya antes de sus consecuencias.
7. Recurrió el recurrente la providencia de fecha 12 de Julio y fue desestimado el recurso.

Señaló el juzgado de lo penal en sentencia 91/2021, de 2 de marzo que los hechos probados constituyen un delito del artículo 463.2 del texto penal de obstrucción a la justicia, ya que, a pesar de que el acusado negara los hechos, apunta que la Audiencia Provincial no le notificó la prisión de su cliente y otros alegatos exculpatorios referidos a circunstancias que entendía el recurrente que le impedían acudir al juicio, tal y como que no había elementos que permitían la defensa y que él estaba en Canarias en ese momento, así como que alegó que su ánimo no fue la obstrucción en la justicia, sino que no podía prestar asistencia debida al acusado conforme al artículo 26 del Estatuto General de la abogacía, por lo que presentó su renuncia.

Sin embargo, el juzgado de lo penal señala que cuenta con la prueba documental suficiente, y, en concreto, el testimonio de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, donde se puede destacar la providencia de fecha 12 de junio de 2017, señalando la celebración del juicio para el día 13 de julio de 2017 y la notificación vía lexnet el mismo día 12 de junio de 2017, así como el escrito de renuncia del recurrente el 10 de julio de 2017 y en la sección segunda el 12 de julio de 2017, así como diligencia de constancia de la LAJ de fecha 12 de julio de 2017, a fin de hacer constar la puesta en contacto telefónico con el recurrente y providencia de ese mismo día acordando la no admisión de la renuncia, con el apercibimiento de la comisión de un delito del artículo 463 del texto penal y su notificación vía lexnet mismo día.

Se recoge, también, el acta de juicio donde consta la incomparecencia del recurrente y nuevo señalamiento para la celebración del juicio, así como recurso de súplica del recurrente contra la providencia inadmitiendo su renuncia y el auto desestimatorio.

Incide el juzgador de lo penal en la sentencia que consta acreditado el elemento objetivo del tipo penal objeto de condena, que es el de no acudir a la diligencia interesada por autoridad judicial para comparecer como letrado en una causa penal con preso, constando la documental obrante en los autos que se cita en la sentencia, existiendo en ese caso reo en prisión provisional, y la incomparecencia del recurrente como letrado del mismo.

Consta probado, también, el elemento subjetivo del tipo penal, porque se señala la intención del recurrente de no atender a su obligación de comparecer, por lo que tuvo conocimiento de la situación personal de su defendido, con quien llegó a entrevistarse en los calabozos de la Audiencia Provincial.

Respecto al desconocimiento de la fecha de celebración del juicio, consta la notificación vía lexnet de la providencia de señalamiento del juicio. Y respecto a la conversación con la LAJ consta la diligencia de constancia que así lo refleja. Con ello, se hace constar que la renuncia tiene lugar poco antes de la celebración del juicio y que no fue admitida la renuncia, de lo que fue notificado e informado el recurrente, y, pese a ello, y las advertencias de la comisión del delito que es objeto de condena, no compareció al acto del juicio, sin que exista documento acreditativo alguno de que ese día se encontrara fuera de Alicante.

En la sentencia de la AP de Alicante 260/2022, de fecha 6 de Septiembre de 2022 se recoge, desestimando el recurso, que «en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial, consta que el recurrente cuestionó la tipicidad de su conducta, pero se

recoge que del acta del juicio de 13 de julio de 2017 resulta que fue suspendido por incomparecencia del letrado. Y de la documentación de la Sección Segunda de esta Audiencia resulta que el acusado en dicho juicio, cuya defensa había asumido se encontraba en prisión provisional, por lo que se confirma la tipicidad objetiva de la conducta».

Refiere la sentencia que lo que el ahora recurrente negaba era el dolo, porque entendía que no conocía la situación personal del acusado, pero se recoge que, como razona la sentencia apelada, el propio recurrente manifestó que había estudiado el sumario y que se entrevistó con el mismo en los calabozos de la Audiencia, lo que permite atribuir el conocimiento de la situación personal, así como la fecha para la que se había señalado el juicio, aunque la notificación del auto de prisión fuera anterior a la aceptación de la postulación procesal por el recurrente.

La Audiencia Provincial señala que resultaba acreditada la aceptación y ejercicio de la defensa, el estudio del sumario y la entrevista con el acusado.

Respecto a la concurrencia de la causa de justificación por haber comunicado la renuncia a la defensa por diferencias irreconciliables con el acusado expone la Audiencia en el FD núm. 3 que el ahora recurrente no hizo llegar la renuncia con la antelación suficiente a la fecha del juicio, ya que no se remite a la propia Sección Segunda, sino a la oficina de reparto, llegando el día 12 de julio, un día antes del mismo, pero consta la providencia de esa fecha por la que no se admitió la renuncia y se ordenó apercibir el letrado de que podía incurrir en el delito por el que ha sido condenado, y consta en el procedimiento que se efectúa comunicación telefónica por la LAJ, según la misma certifica.

Incide, también, la sentencia ahora recurrida que respecto de la renuncia del letrado, cuando la celebración del juicio es inminente, la aceptación previa del ejercicio de la defensa comporta un compromiso del letrado que no le obliga a mantener su prestación en todo caso, pero sí a ejercer su función con lealtad al tribunal, de manera que la renuncia que puede efectuar se haga en términos tales y con tiempo suficiente para no perturbar el desarrollo del proceso.

La justificación de la renuncia se hizo consistir en diferencias irreconciliables, pero no comunicó ninguna razón concreta para su renuncia, y el tiempo en el modo de comunicarla impidió proveer lo necesario para la asignación de un nuevo letrado, o para evitar la grave perturbación que ocasiona a testigos, peritos y al funcionamiento del tribunal, por lo que entiende la sentencia recurrida la existencia de la intención de provocar la suspensión del juicio. Incide, también, la sentencia recurrida que la misma Sección Segunda comunicó personal-

mente al letrado que podía incurrir en el delito de obstrucción de la justicia por el que ahora ha sido condenado; no obstante lo cual, no asistió al juicio, sin que sirva de justificación de su ausencia el que se encontrara en Canarias y que la aportación de billetes de avión no nominativo no acredita que el día del juicio se halla en las islas Canarias, y, además, insiste en que teniendo señalado el juicio para el día 13 de Julio no debió marcharse si no podía regresar para asistir al mismo.

Con ello, la sentencia recurrida, desestimó el recurso y confirmó la condena.

Pues bien, hay que entender cumplidos los requisitos del tipo penal objeto de condena, ya que se deben respetar los hechos probados, y, ante ello, es preciso realizar las siguientes cuestiones:

1. No hay razón alguna para dejar de comparecer como letrado a un juicio en causa con preso. Consta en los hechos probados que Se considera probado y así se declara expresamente que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante siguió procedimiento sumario ordinario núm. 12/15 por delito de homicidio y robo con violencia contra Pablo, en situación de prisión provisional desde el 20 de junio de 2017, quien designó como letrado a Leoncio (mayor de edad sin antecedentes penales).
2. Se sanciona en el artículo 463 CP:

1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.
2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

3. Es incontestable que el acusado estaba en situación de prisión provisional y era el recurrente su letrado.
4. Cuando el recurrente expone su renuncia consta en el factum que la LAJ le comunica que se trataba de causa con preso. Consta en los hechos probados: advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017.

5. Consta probada esa advertencia al recurrente y la de incurrir en delito del artículo 463 CP.

6. Pese a ello, y, pese a esta advertencia, el recurrente deja de comparecer al juicio y provoca su suspensión en causa con preso, lo que ya conocía por cuanto la LAJ se lo había advertido.

7. Consta probado que Pese a no tener admitida la renuncia presentada, el letrado no compareció al plenario el día 13 de julio de 2017 (habiendo comparecido el procesado, testigos y peritos), lo que motivó la suspensión del juicio y nuevo señalamiento para el 18 de septiembre de 2017, que se celebró con otro letrado de oficio.

8. No cabe en estos casos hacer referencia a cuestiones atinentes a si era procedente la renuncia, o no, o si existía un derecho a renunciar al cliente, ya que estas circunstancias fueron denegadas por el tribunal, quien le advirtió que no se le aceptaba la renuncia y que se trataba de que era causa con preso, por lo que se le advertía de la comisión de un delito del artículo 463 CP si no comparecía, y, pese a ello, no compareció.

9. Respecto al dolo que se sostiene por el recurrente en relación a la existencia de causa con preso, resulta en los hechos probados de cualquier modo que la LAJ se lo advirtió, ya que consta en el factum que advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017. Ese mismo día 12 de julio de 2017, se dictó providencia de la sala no admitiendo la renuncia, apercibiéndole al firmante de incurrir en delito delarticulo 463 del Código Penal. Pese a no tener admitida la renuncia presentada, el letrado no compareció al plenario el día 13 de julio de 2017.

Consta, por ello, que se le había advertido que era causa con preso y las advertencias de cometer el delito del artículo 463 CP, y, pese a ello, deja de comparecer.

Resulta evidente que concurre el dolo del recurrente en su conducta de dejar de comparecer a la causa con preso. La LAJ, en cualquier caso, se lo advirtió, pero dejó de comparecer sabiendo que el juicio se iba a suspender, y la LAJ le advierte que es causa con preso y no se le admitió la renuncia y debió comparecer, pero, lejos de ello, no lo hizo.

10. Respecto al conocimiento de la fecha del juicio consta probado que Por providencia de la Sala de 12 de junio de 2017, se señaló la celebración de juicio oral para el próximo 13 de julio de 2017, lo que se notificó a las partes personadas. Y es el recurrente quien presenta escrito de suspensión del juicio señalado para el día 13 de Julio, ya que consta probado que El 12 de julio de 2017, se recibió escrito

del letrado antedicho de renuncia a la defensa por «diferencias irreconciliables» con su cliente, poniéndose en contacto la Letrada de la Administración de Justicia con el mismo ese mismo día, advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017.

Sabía la fecha del juicio, ya que consta en el factum que presentó escrito para renunciar y la LAJ le advirtió que debía comparecer y que estaba señalado para el 13 de Julio. No cabe admitir el alegato del recurrente por contradictorio. Los hechos probados evidencian lo contrario.

11. El recurrente formula, bajo la vía del error iuris del artículo 849.1 LECRIM, cuestiones que se centran en valoración de prueba, y que se alejan del exigente respeto de los hechos probados, efectuando alegaciones en contra de los mismos respecto a prueba de fechas de escritos y cuestiones semejantes que quedan al margen del único motivo que cabe utilizar en la vía que nos encontramos ex artículo 847.1 b) LECRIM.

12. Respecto del día en que se le comunica la no admisión de la renuncia, lejos del alegato expuesto consta en el factum que El 12 de julio de 2017, se recibió escrito del letrado antedicho de renuncia a la defensa por «diferencias irreconciliables» con su cliente, poniéndose en contacto la Letrada de la Administración de Justicia con el mismo ese mismo día, advirtiéndole de que se trataba de una causa con preso, habiendo llegado el escrito ese mismo día, estando señalado el juicio al día siguiente 13 de julio de 2017.

Lo fue el día antes y se le advirtió de que podría incurrir en delito del artículo 463 CP, pese a lo cual deja de comparecer, siendo conocedor de las advertenias realizadas.

13. No cabe admitir el relato del recurrente de que se encontraba en Canarias el día del juicio, cuando ya se le había advertido el día antes, tal y como consta en los hechos probados, que no se admitía su renuncia, y que debía comparecer al acto del juicio bajo la advertencia de la comisión del delito que luego fue objeto de condena, por lo que no es posible que un letrado que tiene un señalamiento y que ha pedido la renuncia al ejercicio de la defensa, siendo desestimada por el tribunal, no esté a disposición del mismo el día del juicio y sostenga que se encontraba en Canarias ese día, por cuanto lo que debió hacer es comparecer en la causa con preso, habida cuenta la constancia en los hechos probados que se le había notificado por la LAJ que se desestimaba su renuncia, y que se trataba de una causa con preso, con las consecuencias penales que le podía deparar la incomparecencia, pese

a lo cual no lo hizo, alegando ahora en el recurso que se encontraba en Canarias, lo cual no resulta admisible existiendo una causa con preso en la que debe estar presente, tal y como lo advirtió la LAJ.

14. Sigue insistiendo en el motivo el recurrente en las pruebas de descargo no tenidas en cuenta, lo que no es admisible en este motivo y sede casacional por esta vía del artículo 847.1 b) LECRIM como se ha expuesto.

15. El recurrente incide en cuestiones de prueba con extensión en su recurso con respecto a determinados extremos, y que no son correctos los hechos probados en su contenido y que no existió el dolo, pero este concurre por cuanto el recurrente conocía que se le desestimó la renuncia y que se trataba de causa con preso y que debía comparecer. Se lo traslada la LAJ y la advertencia penal, pese a lo cual no comparece y expone estar en Canarias el día del juicio, pese a que se le había denegado la petición de renuncia, y pese a que se le había advertido acerca de las consecuencias de su incomparecencia, por lo que el dolo como elemento subjetivo es concurrente con claridad.

16. Las cuestiones relativas a si tenía conocimiento de las actuaciones quedan al margen del debate, ya que ello no afecta a la cuestión penal objeto de la sentencia, o si existía justa causa para no comparecer o renunciar, ya que ello no forma parte del debate en este caso. El derecho de renuncia, o no, no puede sostenerse en este caso. No forma parte de las posibilidades exculpatorias del tipo penal. Los hechos probados son intangibles e inalterables, pero el recurrente no los respeta y formula alegaciones contra los mismos.

17. No cabe apelar en este caso al derecho de defensa. No es motivo exculpatorio que se pueda sostener cuando el recurrente deja de comparecer en causa con preso, denegándole el tribunal la renuncia y advirtiéndole de que debe comparecer al juicio con las advertencias legales en su defecto.

18. No cabe apelar en este caso a la existencia de «diferencias insalvables». Ello fue rechazado y no forma parte del debate. Se le advierte de que debe comparecer y no lo hace.

19. El derecho de defensa recogido en la nueva Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa no conlleva el derecho a la «suspensión de una causa con preso». Y menos en el plazo tan cerca a la celebración del juicio como en este caso ocurrió.

Hay que añadir que el derecho a la renuncia de letrado del artículo 5 de la citada Ley no lo es en cualquier momento, ya que existiendo causa con preso es preciso que si se deseara esta renuncia hay que hacerlo con el tiempo suficiente para evitar las dilaciones indebidas que supone lo que en este caso se iba a producir, además de sin

una causa justificada más allá de las meras «diferencias» que se alegaron en justificación de un escrito presentado poco antes de la celebración del juicio.

20. No es argumento para excusarse que se encontraba en Canarias. Sabía que no se le había admitido la renuncia a la defensa y que debía estar en el juicio, por lo que no podría haberse ido a Canarias, ante las advertencias de la LAJ que desoyó claramente, y con las consecuencias que se derivaron que el recurrente sabía, tanto en la suspensión, como en la derivación de responsabilidades penales que ya le había advertido la LAJ.

Además, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 120/2002 de 4 Feb. 2002, Rec. 117/2000 lo que se recoge es que:

«El nuevo delito de obstrucción a la Justicia, definido en el artículo 463 del Código Penal de 1995requiere para su concurrencia los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo del delito haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio fiscal, e igualmente cuando se trate del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial; b) que deje de comparecer sin justa causa; c) que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional; y d) que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio oral, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad. A continuación, el precepto castiga con multa a quien, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez, en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

En el caso sometido a nuestra consideración, se trataba de un abogado defensor de acusado en situación de prisión provisional, dando lugar su incomparecencia a la suspensión del juicio oral.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, confunde la Sala de instancia la falta de concurrencia de justa causa con la falta de comunicación de imposibilidad de comparecencia a juicio oral. La justa causa fue la enfermedad del Letrado, aducida desde el primer momento en que se le recibió declaración como imputado. Fue acreditada mediante informe médico suscrito ante notario y aportado en el acto del juicio oral, y corroborada testificalmente, dejando de valorar dicha prueba la Sala sentenciadora bajo la tesis de la falta de comunicación; y así se dice: "no se constata que existiera un impedimento absoluto para llevar a cabo la comunicación personalmente o cerciorarse si sus instrucciones habían sido cumplidas" (fundamento jurídico quinto in

fine), lo cual quiere decir que el Tribunal de instancia, aún admitiendo la certeza de la enfermedad, reprocha alrecurrente que no hubiera puesto tal circunstancia en conocimiento de la Sala, lo que nos sitúa en otro plano de responsabilidad, en la responsabilidad disciplinaria».

En este caso no se trata de que no exista «justa causa», porque el tribunal le desestima el motivo alegado, y el letrado lo que hizo es presentar un escrito renunciando por «diferencias irreconciliables», lo que no cabe entenderlo como «justa causa» tratándose de una causa con preso que estaba señalada y es días antes de la fecha del juicio cuando pide la renuncia, lo que no puede admitirse y tenerlo como «justa causa» exoneratoria de la responsabilidad penal del artículo 463 CP por el que es condenado.

La inexistencia de «justa causa» en el caso concreto. Concepto de «justa causa».

El objeto del concepto de justa causa es conseguir un equilibrio entre los distintos intereses en presencia. O una «poderosa razón» que permite a una persona llevar a cabo una conducta, aunque puede serlo en perjuicio de algo o alguien. O una circunstancia concurrente que habilita a una persona llevar a cabo una conducta por encima de otra que puede ser esperada que lleve a cabo, siendo la causa que alega de mayor potencia que le avala no llevar a cabo algo que, en principio, debía ejecutar.

Y en este caso no había razón alguna para que en las circunstancias del caso con tan solo unos pocos días antes se expusiera la razón de las alegadas «diferencias» existentes con su cliente que estaba en prisión provisional y cuyo juicio se celebraba de inmediato estando en esa situación que es preferente a cualquier juicio, a fin de resolver la situación personal y tomar la decisión el tribunal acerca de si es absuelto o condenado. Y, además, el tribunal expresamente le comunica la no aceptación de la renuncia por la forma y tiempo en que ésta se llevaba a cabo, advirtiéndole de la posible comisión del delito del artículo 463 CP.

Y, pese a ello, no comparece alegando estar en las Islas Canarias, cuando no era posible hacerlo al tener ese juicio ya señalado y haber tenido que estar a la espera de la decisión del tribunal acerca de su renuncia. No había opción alguna para viajar con un juicio de causa con preso señalado y de inminente celebración, por lo que su incomparecencia estaba tipificada en el artículo 463 CP por el que es condenado.

No existía justa causa para no comparecer. Tomó el recurrente una decisión unilateral de dejar de hacerlo, a sabiendas de las consecuencias que, ante ello, le iba a deparar su inasistencia, y pese a advertírselo la LAJ, –que sus consecuencias eran de orden penal– no

compareció. No cabe hablar, por ello, de una responsabilidad disciplinaria ahora, ya que es penal.

El concepto de justa causa engloba razones objetivamente imperiosas que en este caso no se daban y no se han demostrado, siendo preferente la celebración de una causa con preso, dada la inmediatez de su celebración y la proximidad de la comunicación con la celebración del juicio, no pudiendo servir de alegato la mera referencia a las diferencias que sostiene como mero formulismo que fue rechazado expresamente por el tribunal, dada la inmediata celebración del juicio y con el acusado en prisión provisional.

La «justa causa» es un concepto jurídico indeterminado que el legislador ha diseñado con cierta amplitud y flexibilidad y, en consecuencia, han tenido que ser los tribunales los que han ido perfilando este concepto estableciendo los supuestos en que, atendidas las circunstancias del caso del concreto. En este caso en modo alguno existía la misma como se ha expuesto.

Y, como recuerda la mejor doctrina, la consideración de justa causa no se puede hacer depender del juicio de valor subjetivo y personal del sujeto activo, sino que esas «justas causas» deben ser precisas, objetivas, determinadas y apreciadas por el Tribunal. Tampoco pueden ser consideradas como causas justificativas de la incomparecencia aquellas circunstancias que se podían haber anticipado por el sujeto activo con la finalidad de emprender alguna actuación correctora que hubiera evitado el hecho. Y esto debía haberse realizado con tiempo para garantizar, en su caso, una nueva asistencia letrada que evitara la dilación de suspender el juicio y el perjuicio que ello conlleva, no solo para la Administración de Justicia, sino para el cliente en prisión provisional.

Por ello, en este caso no había «justa causa» para entender que era irrelevante no acudir al juicio. Se trataba de causa con preso y advertido de que no se aceptaba su renuncia extemporánea y que se le advertía de las responsabilidades penales debió acudir al juicio.

Se entiende por «justa causa» la circunstancia o conjunto de circunstancias que justifican un acto distinto (e incluso contrario, en ocasiones) a la previsión normativa.

No puede entenderse que sea justa causa la petición de renuncia a un acusado en causa con preso pocos días antes de la celebración de un juicio oral alegando sin más la existencia de diferencias irreconciliables, ya que ello provoca la necesaria suspensión de un juicio, nada menos que en una causa con preso cuya petición de renuncia debió cursarse con tiempo y antelación para proveer de la correspondiente defensa al acusado que está en prisión provisional pendiente de juicio.

El derecho de defensa debe, también, ponerse en conexión con el derecho de la celebración de un juicio por parte del órgano judicial y el principio del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y evitar perjuicios a la maquinaria de la Administración de Justicia, que no puede verse sorprendida por una petición sorpresiva instantes antes de la celebración de un juicio bajo un alegato generalista de que existen diferencias irreconciliables, a sabiendas de que la causa se va a suspender con el problema que aquello conlleva al tratarse de un acusado en prisión provisional.

Además, la clave radica en la declaración probada de la negativa del órgano judicial a la aceptación de la renuncia y el conocimiento que consta en los hechos probados de que la LAJ le comunicó las circunstancias relativas a que no se aceptaba su renuncia por la inmediatez con la que se había solicitado y la inminencia de la celebración del juicio, y que se trataba de una causa con el acusado en prisión provisional, circunstancia de la que tenía conocimiento, como consta en los hechos probados, incluso, al comunicárselo la propia LAJ según consta en la diligencia de constancia. Y esto se refleja en los hechos probados, con lo cual no se puede negar el conocimiento, tanto de la negativa a su renuncia a llevar la defensa del acusado, como que éste se encontraba en prisión provisional, porque así se lo advirtió por teléfono, y, además, se le hicieron advertencias correspondientes de la posible comisión del delito por el que finalmente ha sido condenado.

No había «justa causa», por ello, para dejar de acudir al juicio, siendo un caso absolutamente diferente el analizado en la sentencia de esta Sala anteriormente citado en el que se reconoció la existencia de esta «justa causa».

La correcta actuación de la LAJ en el presente caso determinante del intento de no suspensión y agotar las posibilidades de evitar lo que ocurrió.

En este caso, hay que destacar la muy correcta actuación de la LAJ que se puso en contacto con el letrado, a fin de advertirle que su renuncia había sido rechazada y que debía comparecer ante el tribunal, a fin de evitar la suspensión del juicio.

La LAJ dejó correcta constancia de la conversación mantenida de la advertencia de la posible comisión de un delito del artículo 463 CP, del rechazo de la renuncia y de las consecuencias de su incomparecencia, y se trata de documental que acredita la conversación que mantuvo con el letrado y la puesta en su conocimiento de las circunstancias del caso, pese a lo cual éste no compareció al acto del juicio oral, con lo que se debe destacar la actuación de la LAJ en aras a notificar al

letrado que no se admitía su petición y que se la advertía que debía comparecer, lo cual es clave en la resolución del presente caso.

Por ello, debe entenderse determinante la actuación de la LAJ en el intento de evitar la suspensión del juicio y de agotar todas las posibilidades para trasladar al letrado ahora recurrente que debía comparecer al acto del juicio oral y de la gravedad de las consecuencias que se le podían deparar en caso de incomparecencia, dejando debida constancia documental de esa conversación en la que le hacía las advertencias oportunas de lo que finalmente ocurrió, tal como le había advertido, precisamente, la LAJ.

La renuncia de letrado no es un derecho ilimitado.

Un letrado tiene el perfecto derecho a solicitar la renuncia para ejercer el derecho de defensa que tiene su cliente, pero haciéndolo en los plazos suficientes para proveer de una defensa suficiente al mismo, pero lo que también debe conocer es que si solicita la renuncia a la defensa y es rechazado por el tribunal, no puede dejar de comparecer al acto del juicio oral cuando consta que mantuvo una conversación telefónica con la LAJ y se le advirtió debidamente que debía comparecer y las consecuencias de su inasistencia al acto del juicio oral.

Con ello, si por un lado existe ese derecho de renuncia, por otro lado, también existe la obligación de comparecer al juicio oral si la renuncia ha sido rechazada por el tribunal, decayendo cualquier justa causa que pueda alegarse si el ejercicio del derecho de renuncia ha sido rechazado por el tribunal advirtiéndole de la necesidad de comparecer al acto del juicio oral.

Pero es que, además, sobre la renuncia de letrado hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 360/2024 de 8 May. 2024, Rec. 11199/2023 que:

1. No existe un derecho perpetuo a suspender un juicio ante un cambio de letrado/a.
2. Sin que la no suspensión del juicio provoque de forma inexorable la indefensión que se predica, porque existe también frente a ello un «derecho del tribunal a celebrar un juicio» evitando, así, las dilaciones indebidas.
3. En la colisión de derechos en cuanto al de defensa y el de celebración del juicio deben ponderarse los factores concurrentes, pero la petición de suspensión del juicio se entiende improcedente cuando el cambio de letrado se convierte en una técnica procedimental para llevarla a cabo en fechas cercanas al juicio para instar la suspensión alegando indefensión.
4. No es posible desdeñar, tampoco, la referencia a la necesidad de mantener la estructura de los órganos judiciales en la agenda de

señalamientos, ya que si se introdujera la costumbre de que en casos similares de cambios de letrado con otro más en fecha cercana al juicio hay que suspender el juicio se rompería el buen funcionamiento de los tribunales si se tratara de una especie de regla general de suspensión del juicio ante cualquier cambio de letrado que se produzca. Esto no es posible aceptarlo, porque insistimos, es preciso defender también el «derecho a la celebración del juicio oral» por el juez o tribunal.

5. Hemos señalado, también, en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 272/2022 de 23 Mar. 2022, Rec. 1414/2020 que:

«La cuestión atinente a los cambios de letrado antes del juicio y en fechas cercanas al mismo no conlleva un derecho inmanente a "suspender un juicio" que es la clave de la respuesta ante el alegato de la pretendida nulidad. Y ello, habida cuenta que no existe una especie de "derecho de disposición de las partes al control de los señalamientos de los juicios", lo cual se llevaría a efecto si ante cualquier cambio de letrado en las fechas cercanas al día señalado para el juicio el acusado o su defensa planteen la necesidad de un cambio de letrado alegando indefensión en su defecto.»

6. Esto no es posible, ni puede ser enfocado como una máxima inalterable en el ejercicio del derecho de defensa, ya que la buena organización de los tribunales y la necesidad de evitar dilaciones indebidas en los señalamientos también son elementos a valorar por los tribunales ante peticiones de suspensiones de juicios en fecha cercana al día señalado. Y ello, por el quebranto que supone a la Administración de Justicia un uso personal de la parte, que interesa sin justificación alguna una suspensión del juicio, del calendario de señalamientos cuando de forma inesperada, y en fecha inminente al juicio alega el cambio de letrado de forma sorpresiva, habiendo tenido tiempo para hacerlo sin necesidad de provocar la suspensión del juicio.

De esta manera, no puede confundirse el ejercicio del derecho de defensa con la disponibilidad de cuándo se puede celebrar un juicio oral, ya que de ser así, por ejemplo, cabría hacerlo en una causa en la que el acusado en situación de prisión provisional próxima a cumplir el máximo de prisión podría pedir la suspensión alegando cambio de letrado en días próximos al señalado, obligando, de ser cierta esta posibilidad, a poner en libertad al acusado.

De esta manera, no hay infracción del derecho de defensa cuando es la parte la que provoca indebidamente la suspensión habiendo tenido plazo para tramitar el cambio y realizando una auto composi-

ción particularizada del ejercicio del derecho de defensa que no pudo ser compartida por el Tribunal de instancia.

7. «Está fuera de dudas –decíamos en la STS 816/2008, 2 de diciembre– que el derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un proceso justo.

Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado.

En el proceso penal convergen intereses jurídicos de muy distinto signo:

A. Petición sorpresiva antes del juicio por una de las partes y el derecho de las otras en sentido contrario:

La necesidad de lograr un equilibrio entre todos esos derechos exige del órgano jurisdiccional ponderar, en función de cada caso concreto, qué grado de sacrificio es aceptable imponer al resto de las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso.

B. Conexión de la petición del cambio de letrado con "el momento en el que esta se produce". (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 360/2024 de 8 May. 2024, Rec. 11199/2023).

8. a. Aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho.

b. La capacidad de todo imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa.

Estas ideas laten en la jurisprudencia de esta Sala en relación con el problema suscitado.

9. La STS 1989/2000, 3 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos jurídicos del abandono por parte del Letrado de la defensa de su representado. Razona la Sala Segunda –proclamando un criterio interpretativo que ya ha sido acogido con posterioridad, entre otras, por las SSTS 173/2000, 10 de noviembre, 327/2005, 14 de marzo y por el auto 24 de abril de 2003– que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho –ha dicho esta Sala– no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos,

por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995; entre otras).

De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado.

10. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de Letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del Abogado».

También, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 128/2015 de 25 Feb. 2015, Rec. 1222/2014 se recoge que:

«El derecho de defensa se integra por estos cinco derechos:

a) Por el de defenderse por sí mismo, siendo una manifestación de ello el derecho a la última palabra que recoge el artículo 739 de la LECriminal.

b) El derecho a defenderse por letrado de su elección.

c) El derecho a cambiar de letrado de su elección, y

d) El derecho a disponer de letrado de oficio o gratuito bien cuando carezca de bienes o cuando no efectúe designación alguna.

e) Derecho a la confidencialidad en las relaciones Abogado y cliente sin que sea admisible interferencia alguna, pues caso contrario no había sino una mera apariencia de defensa –STS 79/2012–.

Ahora bien, ello no autoriza a la persona concernida a disponer a su voluntad de los tiempos procesales, ni a un pretendido derecho a que se le vayan nombrando Abogados de oficio de forma sucesiva hasta que uno merezca la confianza del inculpado.

Responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal en estos casos.

Debemos destacar también que en los casos en que la actuación del letrado conlleve responsabilidad penal tipificada en el artículo 463 CP no puede exponerse que la responsabilidad que ha contraído sea disciplinaria cuando existe precepto en el Código Penal donde se tipifica claramente la conducta descrita en los hechos probados que constituye una infracción penal y no solamente disciplinaria.

Sería esta última en los casos en los que se archivara la causa penal, o se absolviera en este caso al recurrente y la posibilidad de derivar, en su caso, una responsabilidad disciplinaria por la abogacía.

Pero en este caso no es eso lo que ocurre, ya que hay una sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal confirmada por la Audiencia Provincial respecto a una conducta que está descrita en los hechos probados y que reúne los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal objeto de condena, como han descrito tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial y que se confirma en la presente resolución, como ya se ha descrito.

Tanto el artículo 553.3 de la LOPJ en relación como en el artículo 119 del Estatuto de la Abogacía aprobado por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, se aplican cuando no existe responsabilidad penal en la conducta del letrado/a, pero no existe una preferencia de aplicación de la responsabilidad disciplinaria sobre la penal cuando los hechos revisten caracteres de delito tipificado en el CP, como en este caso ha ocurrido, y es la conclusión a la que se llega por el juzgado de lo penal como por la AP.

El artículo 553.3 LOPJ señala que Los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales:… 3.º) Cuando no comparecieren ante el tribunal sin causa justificada una vez citados en forma.

El artículo 55.2 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española señala que:

2. En su intervención ante los órganos jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos órganos y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes.

Y el artículo 119, no el 26, de este Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española señala que:

1. Los profesionales de la Abogacía y las sociedades profesionales en que participen o presten servicio están sujetos a responsabilidad disciplinaria.
2. Las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los profesionales de la Abogacía se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes procesales. Las sanciones o correcciones disciplinarias que impongan los Tribunales al profesional de la Abogacía se harán constar en su expediente personal.

Pero esta «corrección disciplinaria» lo es cuando el hecho no revista caracteres de delito, ya que la preferencia es la penal frente a la disciplinaria, no al revés que es lo que se postula en el recurso, omitiendo que, tal y como ha sido reconocido en las sentencias del juzgado de lo penal y la AP, concurren los elementos subjetivos y objetivos del artículo 463 CP.

No puede existir, así, una reclamación de que se aplique la responsabilidad disciplinaria cuando los hechos que constan en los probados se subsumen en el delito del artículo 463 CP, tal y como se ha explicado en la presente resolución.

(STS 264/2025, de 26 de marzo).

ARTÍCULO 468 CP

Quebrantamiento de medida cautelar. Enviar mensaje a través de las amigas de la expareja existiendo prohibición de comunicación con ella. El artículo 48.3 CP prohíbe todo contacto, directo o indirecto, con la víctima por cualquier medio o procedimiento.

El criterio defendido por el Ministerio Fiscal, se adecua a la interpretación teleológica de la norma (exposición de motivos de la LO 14/1999 y de la LO 27/2003) y con la pacífica doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda, algunas de cuyas resoluciones igualmente aporta el recurrente:

STS 303/2018, de 20 de junio de 2018: «no se precisa una comunicación directa del acusado con la denunciante para que se infrinja la orden de incomunicación, ya que ésta puede también vulnerarse valiéndose de medios indirectos que operen como instrumentos de la comunicación, como pudiera ser en este caso una amiga de la víctima, que declaró en el juicio que recibió el Whatsapp con las amenazas hacia la denunciante y su nuevo compañero, recogiéndose en el factum de la sentencia que esa conducta se realizó con el fin de que la amenaza llegara a conocimiento de la víctima».

STS 650/2019: «[…] comunicar con otra persona significa poner algo en su conocimiento. Según el diccionario de la RAE, entre otras acepciones, "descubrir, manifestar o hacer saber a alguien algo". En relación con el artículo 48.3 CP, establecer contacto escrito, verbal o visual. En este artículo no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección; por lo tanto, no es preciso que encuentre respuesta. Tampoco se establecen límites mínimos al contacto, siendo sufi-

ciente con su existencia. Lo que importa es que alguien haga saber algo a otro».

STS 553/2022, de 2 de junio: «La estructura típica, pues, no incluye ningún añadido vinculado al propósito de menoscabar la intimidad de la persona favorecida por la medida de protección dictada con carácter cautelar. Pero tampoco se resiente el juicio de tipicidad por el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima… Lo verdaderamente determinante no es que los "pensamientos o reflexiones" deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento».

En definitiva, declarado en el hecho probado la vigencia de la medida y su notificación al acusado, el contacto directo con amigas de su pareja para trasladarle unos mensajes, constituye un proceso de comunicación que infringe per se la prohibición fijada en la resolución. De otra parte, las consideraciones hipotéticas, no referidas al caso de autos, sobre el modo de acordar cuestiones comunes como las que deben ser resueltas si hubiera hijos comunes o la potencial responsabilidad de los intermediarios que hacen llegar los mensajes, resultan absolutamente ajenas al caso de autos.

(STS 1035/2025, de 17 de diciembre).

ARTÍCULO 467 CP

Deslealtad profesional. Perjuicio manifiesto de los intereses del mandante. Existencia. Abogada que tras recibir de clientes la correspondiente provisión de fondos y encargo de presentar demanda en la jurisdicción contencioso-administrativa, desatendiendo los intereses de los mismos durante 7 años.

El artículo 467.2 del Código Penal sanciona penalmente al Abogado o Procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, añadiendo también el tipo culposo por imprudencia grave. Este delito tiene como elementos integradores los siguientes: a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial; b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado; c)

como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave».

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarán bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1995 haya adjetivado al «perjuicio» del artículo 360 del Código Penal de 1973 incorporando la locución «perjudique de forma manifiesta» los intereses que le fueren encomendados. Solamente ese plus en la antijuridicidad puede integrar el tipo penal que interpretamos.

El perjuicio es uno de los elementos del tipo objetivo y sobre su contenido nos hemos pronunciado en diferentes sentencias, precisando que, además de ser consecuencia de un comportamiento activo o pasivo relacionado con el ejercicio de la actividad profesional, puede ser económico, material o moral. No se precisa, por tanto, que sea económico (STS 137/2016, de 24 de febrero y 649/2020, de 1 de diciembre) y tampoco puede identificarse necesariamente con la pérdida de oportunidad del ejercicio de la acción no ejercitada por el profesional por dejación de funciones. Puede ser un daño moral y en distintas sentencias hemos ido precisando en función de situaciones concretas el contenido de ese daño moral.

En la STS 307/2013, de 4 de marzo, se consideró como perjuicio la falta de iniciación de un proceso judicial de adopción, señalando que esa deficiencia suponía un plus de antijuridicidad que colmaba las exigencias del perjuicio manifiesto; en la STS 916/2022, de 23 de noviembre, con cita de la STS 897/2002, de 22 de mayo, se consideró perjuicio la «comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo, por el transcurso del tiempo y en las legítimas expectativas que no se concretaban. Se proclama como perjuicio manifiesto "la pasividad profesional prolongada consistente en la simple no presentación de una demanda judicial cuando se puede y debe hacer, con la idea de poner fin a un problema acuciante, con los consiguientes inconvenien-

tes y molestias" y en la STS 496/2022, de 23 de mayo, dijimos que "es evidente que al no hacer honor a su palabra el acusado, dejando de asumir el compromiso que contrajo con los perjudicados y, en definitiva, omitiendo iniciar los correspondientes procedimientos en defensa de sus derechos, les provocó un perjuicio representado, al menos, por la demora o pérdida de tiempo que ello supuso" y añadimos que · el daño moral no puede identificarse con secuelas psicológicas, sino que tiene un espacio propio, en el que las situaciones de angustia, frustración, miedo o padecimientos, en general, que ha soportado quien sufre las consecuencias del delito merecen un resarcimiento».

3. En el caso sometido a nuestra consideración el relato fáctico de la sentencia, aun de forma lacónica, afirma la existencia de perjuicio. Declarando, después de relatar los acontecimientos, respecto de los denunciantes que permanecieron «durante más de siete años abandonados sus intereses cuya defensa se había encomendado a la acusada, perjudicante así con su inactividad los intereses de sus clientes». En el juicio histórico también se concretaron las circunstancias que permiten apreciar la existencia del perjuicio.

Se relata en los hechos probados que la acusada en Octubre de 2009 recibió el encargo de atender los intereses de sus clientes y llevar a cabo las acciones frente al Ayuntamiento de Ogíjares por el desalojo y demolición de un secadero de tabaco ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Se limitó a solicitar la vista del expediente administrativo para obtener una resolución administrativa en tanto que la resolución que acordaba la demolición había ganado firmeza. A continuación solicitó una certificación de actos presuntos pero no presentó posteriormente la demanda jurisdiccional. A partir de ahí y durante 7 años mantuvo una absoluta pasividad pese a los distintos requerimientos de información que recibió de sus clientes a los que contestaba mediante distintas excusas, todas ellas engañosas, como que los juzgados eran lentos, o que su ordenador estaba roto o problemas de enfermedad. En la sentencia de primera instancia se hace una alusión precisa y detallada de los distintos requerimientos realizados mediante correos electrónicos de 17/03/2011, 13/11/2011, 01/07/2014, 18/11/2015, 06/06/2017 y 10/07/2017, manifestando el cliente que se relacionaba con la abogada la desazón y angustia de todos los clientes por la falta de información sobre el estado del asunto a sus requerimientos. Fue en una reunión celebrada el 3 de julio de 2017 dónde finalmente reconoció ante sus clientes que no había presentado la demanda, que habían pasado los plazos y que no podía hacer nada. Por otro lado, en el relato fáctico también se declara que la Letrada recibió una cantidad en concepto de provisión de fondos.

A partir de estos datos consideramos existente y acreditado el perjuicio. En efecto, la frustración de cualquier posibilidad de defensa por la inacción de la Letrada pero, sobre todo, la incertidumbre y fracaso de las expectativas implicaron una angustia e inquietud en los querellantes constitutivos de un daño moral efectivo que colma las exigencias del artículo 467.2 CP y ello al margen de que la acción que se pretendía entablar fuera o no inviable o que incluso pueda todavía ejercitarse la acción, bien por anulación del Plan General de Ordenación Urbana del municipio, bien porque frente a un acto presunto por falta de respuesta del órgano administrativo no haya plazo para su presentación. Sobre esta cuestión en la sentencia de instancia se hizo una completa relación de las distintas reclamaciones o peticiones de información a la Letrada de los querellantes que evidencian el interés de éstos en la presentación de la demanda y su estado de desasosiego y desolación por lo que consideraban una tardanza injustificada.

Conviene traer a colación que esta Sala ha declarado que en la determinación de la existencia y cuantía de los daños morales no es exigible una rigurosa prueba, a diferencia de lo que acontece con los daños patrimoniales, sino que puede deducirse de las circunstancias de cada caso sin sujeción a pruebas de tipo objetivo (STS 1291/2001, de 29 de junio) y en este litigio a partir de la tardanza tan dilatada en el tiempo y de la falta de respuesta de la Letrada, pese a los distintos requerimientos realizados, es lógico inferir la zozobra y angustia de los demandantes por la falta de respuesta a sus peticiones y por la inacción procesal de la acusada.

(STS 856/2025, de 20 de octubre).

ARTÍCULO 510 CP

Delito de odio. Discriminación por razón de orientación sexual. Las dos acusadas insultaron y descalificaron a los sujetos pasivos por su condición de homosexuales, al besarse en público.

[…] en la reciente STS 872/2025, de 23-10, con cita de la STS 437/2022, de 4-5, hemos recordado que la esencia de lo que se trata de proteger con este delito ubicado en el artículo 510 CP está en la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocidos en el artículo 14 CE, según el cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

La igualdad y la no discriminación se configuran como el presupuesto para el disfrute y ejercicio del resto de derechos fundamentales, como muestra su ubicación sistemática en el pórtico del Capítulo II («De los derechos y libertades»), dentro del Título Primero de nuestra Carta Magna, dedicado a los «Derechos y Deberes Fundamentales».

Es importante destacar que el objetivo de protección del tipo penal del odio del artículo 510 CP tiene su base en los ataques a la igualdad y, en consecuencia, en la creación de la desigualdad que se origina con el odio al diferente por cualquiera de las razones o de la pertenencia a los grupos reflejados en el tipo penal. Pero el término «minorías» o el término «colectivos desfavorecidos» no está previsto ni exigido en el tipo penal, no es un elemento del tipo, dado que se debe proteger el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1CE) y la prohibición absoluta de discriminación prevista en el artículo 14 CE, por tanto, como no puede ser de otra manera, protege a toda la sociedad, sean los afectados minoría o mayoría, estén o no estén desfavorecidos en la actualidad o en el pasado.

De lo contrario, de entender que solo una persona vulnerable, o determinados colectivos desfavorecidos son los protegidos por el delito de odio nos llevaría a concluir que los no vulnerables pueden ser atacados con la intención dimanante del odio y por su pertenencia a una nación, raza, creencias, ideología, su sexo, orientación o identidad sexual, o por razones de género.

La mejor doctrina señala, así, que la amplitud de los móviles que se recogen en el artículo 510.1.º CP «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», permite confirmar la tesis de la doctrina mayoritaria que sostiene que el objeto de tutela es el derecho a la no discriminación. Pero sin mayores aditamentos, porque el tipo penal no lo exige, por lo que los ataques y ofensas a personas de estos grupos se enraízan en el discurso del odio, sin exigir un concepto no incluido en el tipo de «vulnerabilidad» del sujeto que está integrado en uno de los grupos citados en el artículo 510 CP. Por ello, se indica que su bien jurídico protegido no sea sólo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social.

Resulta así evidente, que en este último caso, el odio a la identidad sexual de la víctima no lo es porque ésta –homosexualidad– sea vulnerable, sino en el ataque a aquella por ser homosexual, y al llevar

actos de humillación al mismo con sentimiento de menosprecio, pero sin que se pueda entender que si se llevan a cabo estos actos contra homosexual no vulnerable, pueda entenderse que la discriminación no se ha producido.

Por ello, los preceptos citados y el artículo 22.4 CP protegen a toda la ciudadanía siempre que la persona o personas afectadas encajen en uno de los motivos de discriminación taxativamente establecidos por el legislador, sean o no minoritarios, sean o no vulnerables, o sean, o no, desfavorecidos. Lo relevante y exigente es que participen de la razón del ataque en alguno de los conceptos y/ o grupos que se integran en el precepto ya antes citados, pero sin aplicación excluyente a los no vulnerables o que no pertenezcan a colectivos desfavorecidos por entenderse que estos «no pueden ser odiados», o que si se les odia esta conducta no es antijurídica, típica, culpable y punible.

Hay que recordar que las conductas discriminatorias por el menosprecio implícito que conllevan hacia la persona discriminada, están vinculadas per se no sólo con la igualdad sino también con la dignidad humana, y, por ello, no solo se protege con la tipicidad del odio a la dignidad y derecho a la igualdad de quien tiene el concepto de «vulnerable», sino a quien esté ubicado en uno de los grupos del artículo 510 CP. Es la igualdad y dignidad de todos, no de algunos, lo que se protege ante el discurso del odio, ya que no puede dejar de ser típica la conducta cuando se odia a un «no vulnerable» pero que está en uno de los grupos identificados en el tipo penal.

– En similar dirección la reciente STS 77/2025, de 31-1, recuerda que:

«Se trata de un tipo penal estructurado bajo la forma de delito de peligro, bastando para su realización, la generación de un peligro que se concreta en el mensaje con un contenido propio del "discurso del odio", que lleva implícito el peligro al que se refieren los Convenios Internacionales de los que surge la tipicidad (STS 72/2018, de 9 de febrero).

Como destaca la STS 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

En esta línea, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, señala que "la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales".

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2016, de 20 de junio, tras destacar el carácter fundamental y preeminente que tiene la

libertad de expresión, señala el carácter limitable del derecho a la libertad de expresión, singularmente por las manifestaciones que alienten la violencia, afirma que puede considerarse necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir formas de expresión que propaguen, promuevan, o justifiquen el odio basado en la intolerancia. La función jurisdiccional consiste, en estos casos, en valorar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la expresión de las ideas vertidas y las circunstancias concurrentes esto es, si la conducta que se enjuicia constituye el ejercicio legítimo ilícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad o, por el contrario, la expresión es atentatoria a los derechos y a la dignidad de las personas a que se refiere, situación que habrá de examinarse en cada caso concreto».

La sentencia anteriormente citada 72/2018, de 4-2, refiere la no necesidad de un dolo específico, el dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar.

La STS 185/2019, de 2 de abril, se detiene en exponer los elementos del delito de odio: «El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona o hacia colectivos, que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología…». «Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorpore una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación…». El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad.

Resulta significativa la STS 89/2025, de 5-2, que en un caso similar: dos acusados en un bar, se dirigen a la víctima que salía de los baños de dicho local, increpándole varias veces con expresiones como «maricón», «maricón de mierda», «te estabas paseando con tu amigo», llegando a cerrarle, de forma violenta, la puerta del aseo, motivando

un sentimiento de humillación en aquel, mantuvo la condena por el delito del artículo 510.2 a) razonando que su tipificación «se construye sobre la necesidad de dotar de especial protección a grupos vulnerables ante formas de expresión que los humillan o los colocan en la diana de comportamientos violentos en función de patrones que singularizan a sus miembros. 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.

La realidad social nos demuestra que por mucho que sean los esfuerzos desplegados para incentivar la aceptación dentro de nuestro ámbito de convivencia de la diversidad, la que tiene su base en la orientación sexual sigue siendo frecuente objeto de ataques.

La sentencia combatida aborda el análisis de tipicidad a partir de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, centrándose, entre otras, en la STS 646/2018 de 14 diciembre, de la que, entre otros, destaca el siguiente fragmento "El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo, lo que permite excluir un animus ajeno al contenido agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos que, unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa…".

1.6. En este caso las expresiones proferidas son ofensivas. Por mucho que alguna de ellas en particulares contextos y en determinados ámbitos se utilicen de manera generalizada, incluso jocosa y sin carga peyorativa, objetivamente incorporan una connotación de menosprecio vinculada a la orientación sexual, expresión de homofo-

bia. Empleadas tal y como el relato de hechos describe, no exentas de cierta violencia y en un lugar público de manera que pudieron ser escuchadas por terceros, transmiten un discurso que humilla, desprecia y discrimina, ostentado desde tradicionales posturas estereotipadas de lo masculino. Palabras que vehiculizan un discurso capaz de comprometer los valores constitucionales de salvaguarda de la dignidad humana y proscripción de la discriminación que proclaman los artículos 10 y 14 CE. Palabras idóneas para menoscabar gravemente la integridad moral de la persona sobre la que se personificó el ataque.

Un discurso que, tal y como el relato de hechos singulariza, responde a los prejuicios que ambos acusados tienen hacia las personas con una particular orientación sexual, por lo que es la pertenencia a ese grupo o colectivo la que impulsa la acción denigratoria, que de esta manera se proyecta sobre aquel. Así se deduce, no solo del contenido de las expresiones imprecadas, sino de los comportamientos sexuales que se aluden en las mismas como compartidos por personas de la orientación sexual que se pretende denigrar.»

En el caso que nos ocupa, la intensidad de los ataques, según el último párrafo de los hechos probados: «Este incidente duró 15 minutos, y los reiterados insultos y calificaciones discriminatorias supuso un grave atentado a la dignidad de Pascual, provocando que él rompiera a llorar en público y que tuviera que personarse la Policía Foral».

La sentencia recurrida, pese a la acusación formulada por el delito del artículo 510.2 a), no condenó por este delito, sino por el delito de injurias del artículo 208 CP, con la agravante de discriminación por la orientación sexual del artículo 22.4 CP, es decir, tal como señala el Ministerio Fiscal en su recurso, siendo el primer delito, un delito especial respecto del segundo. Cierto es que existen en el Código Penal otras figuras delictivas que también protegen la dignidad de las personas frente a conductas de humillación o menosprecio, como el delito contra la integridad moral del artículo 173 CP o el delito de injurias. En estos casos se produce un concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.1 CP, en el que la norma especial se considera que es el artículo 510.2 a) CP por su más específico y completo ámbito de protección.

La sentencia pretende abarcar todo el desvalor de la acción añadiendo al delito de injurias la agravante de discriminación, obviando que para tal supuesto hay un precepto específico, el artículo 510.2 a). La sentencia admite que los insultos se produjeron por discriminación, de hecho, aprecia la agravante, lo que supone abrir la opción entre el delito especial –510.2 a)– y el delito general con agravante –injurias + agravante de discriminación–.

1.7. Estaríamos, en todo caso, ante un concurso de normas a resolver conforme al principio de especialidad (art. 8.1 y 4 CP).

En efecto, la diferencia entre el concurso de normas y el concurso de delitos es esencial u ontológica y radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el principio «non bis in idem». En cambio, en el concurso de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado (STS 520/2017, de 6-7).

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento, la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (SSTS 494/2014, de 18-6; 413/2015, de 30-6; 544/2016, de 21-6; 177/2017, de 22-3).

Tal como sucede en el caso que nos ocupa, en el que la aplicación del artículo 510.2 a) es suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal predicable de la infracción (STS 342/2013, de 17-4).

(STS 911/2025, de 4 de noviembre).

ARTÍCULO 542 CP

Delito contra el ejercicio de los derechos cívicos. Alcalde que sin causa que lo justifique, niega de forma persistente y contumaz, tanto verbal como por escrito, de forma directa o mediata, la consulta y entrega de un expediente administrativo de obra pública a la concejala de la oposición en las distintas ocasiones que la misma, en forma y mediante escrito presentado al efecto al Ayuntamiento lo solicitó.

En STS 243/2021, de 17 de marzo de 2021, respecto de este delito, refiriéndonos a casos en que, por no reunirse cuantos requisitos han de concurrir para subsumir la conducta en otro más específico, pero, sin embargo, tiene lugar un ataque a derechos cívicos o fundamentales, decíamos que «no significa que la conducta sea atípica cuando existe un tipo residual en que tiene cabida la obstaculización de cualquier otro derecho cívico que no esté expresamente contemplado (bien por omisión o bien por defecto en su contemplación) en algún otro de los preceptos expresamente recogidos por el legislador, de manera que, cuando así suceda, como cláusula de cierre entrará en juego en los casos de conductas delictivas que impidan el desarrollo o ejercicio de aquellos derechos fundamentales bien no regulados de forma expresa, o bien que no lo sean en los términos expresamente previstos por el legislador, que es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa».

Con ello no hacíamos sino seguir la línea marcada por la STS 443/2008, a la que acuden las sentencias de instancia y apelación en apoyo de su decisión, en la cual, por no apreciarse todos los elementos para subsumir la conducta enjuiciada en un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 CP, y teniendo en cuenta el carácter residual del artículo 542 CP, se ratificó la condena por este delito con el siguiente razonamiento:

«Tal precepto –como recuerda la STS de 11 de marzo de 2002, núm. 165/2002– constituye realmente una "norma penal en blanco", cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona (Cfr. SSTS de 21 noviembre 1995, y 22 enero 1996).

El sujeto activo del delito, dice la sentencia de 23 marzo 2001, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, conforme a los amplios términos que al respecto nos ofrece el artículo 119 CP. Nos encontramos ante un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición "in genere" de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (SSTS de 22 diciembre 1992 y 7 febrero 1994).

La conducta típica ha de consistir en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, en la que se integra simplemente la negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando e impidiendo la pretendida actuación del derecho (sentencias de 22 diciembre 1992, 8 febrero 1993 y 7 febrero 1994).

El Código de 1995 sólo concibe la modalidad dolosa, dolo directo de resultado abarcador de todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca "a sabiendas", es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos.

La determinación de la conducta típica consiste en impedir a sabiendas el ejercicio de los derechos cívicos, que ha de entenderse como estorbar o dificultar la consecución de un propósito, esto es, crear un obstáculo que imposibilite realmente algo que se quiere, que es, en el caso concreto, hacer imposible el ejercicio de un derecho.

La conducta de "impedir", debe entenderse en sentido amplio, como cualquier conducta que de hecho haga imposible su ejercicio (STS de 7 febrero de 1994).

Señala la STS de 23 de octubre de 2001, núm. 1953/2001, que con la expresión "derechos cívicos" el legislador quiere referirse a los derechos políticos, entendiendo como tales, no sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones propias de la organización del Estado, sino todos aquellos que se reputan como fundamentales de la persona, con amparo en nuestra Constitución a través de los cuales tal persona, en cuanto ciudadano, participa en los asuntos de la comunidad. Ello se refuerza hoy ante la consideración de que aunque la sección del Código donde se ubica el artículo 542 comprende de modo genérico los delitos contra "otros derechos individuales", la rúbrica del Capítulo se refiere a "derechos fundamentales y libertades públicas", todo ello en el marco de los "delitos contra la Constitución". La Ley penal ha de complementarse, pues, con el listado de derechos alumbrados en el texto constitucional. La mención de "leyes" mantenida en la norma del artículo 542 ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales. Entre aludidos derechos fundamentales entrarán en la órbita aplicativa de la regla legal aquellos que por su propia naturaleza puedan responder al mecanismo que la norma penal prevé. Ha de tratarse de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público».

2. Partimos, pues, de la anterior jurisprudencia, y, sentado que nos encontramos ante un motivo por error iuris, conviene recordar que hemos de partir del más absoluto respeto a los hechos probados, de manera que, siendo esto es así, no cabe variación alguna de su literalidad, ni directa, ni indirecta, por la vía de introducir matizaciones a los mismos, con las que alterar el juicio de subsunción que ha de ser objeto de revisión.

Sin perjuicio de remitirnos a los hechos probados de la sentencia de instancia, podemos aquí recordar que en ellos se declara que el condenado, Hipolito, como Alcalde Presidente de Los Pozuelos de Calatrava y conocedor los «derechos de participación, y sin causa que lo justifique, dentro del Expediente NUM000 […] negó de forma persistente y contumaz, tanto verbal como por escrito, de forma directa o mediata, la consulta y entrega del expediente relativo "a los arcos" a la Concejala Portavoz del Grupo Popular (oposición), Magdalena, en las distintas ocasiones que la misma, en forma y mediante escrito presentado al efecto al citado Ayuntamiento lo solicitó, desde finales de 2017 (27/03/2018, 2/04/2018, 21/05/2018, 23/05/2018 y 5/12/2018)».

En el repaso que hacemos por la Jurisprudencia que ha tratado el delito contemplado en el artículo 542 CP, ya hemos visto que ha venido interpretando el verbo «impedir», con que se define su acción nuclear, como comprendido en él cualquier acto que haga imposible el ejercicio del derecho de que se trate, que ha de partir de quien tenga el dominio funcional del hecho con el que se obstaculiza el real ejercicio de tal derecho, se valga, o no, de estratagemas formales para ello. En el caso, no se ha criminalizado cualquier falta de información o denegación de documentación, como se apunta en el recurso, sino que la condena se debe una actitud obstruccionista por parte de quien, aprovechándose de su posición como alcalde, se coloca en una situación de abuso de poder, siendo de esta manera, según hemos visto, como actuó el condenado, y así lo revelan, de forma categórica, menciones como «sin causa que lo justifique» o que «negó de forma persistente y contumaz».

Frente a esta realidad fáctica, al igual que se hizo con ocasión del recurso de apelación, se buscan lo que no se puede considerar sino pretextos, como que todas las solicitudes de acceso a los expedientes fueron admitidas, lo que no es cuestión de negar, porque, aunque formalmente así fuera, no es incompatible con reconocer una actitud obstruccionista para su real acceso, que queda evidenciada con excusas tan simples, como esa alegada dificultad para localizar el expediente, o la falta de secretario y de medios en el ayuntamiento para facilitarlo, que, además de que son inasumibles para desactivar los hechos probados, no cabe tenerlas en consideración, tanto porque no se encuentran recogidas en ellos, como porque son incompatibles con la categórica redacción de los mismos.

En resumen, concurriendo cuantos elementos para integrar los hechos en el delito contemplado en el artículo 542 CP, procede la desestimación del recurso.

(STS 274/2025, de 26 de marzo).