

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

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

ARTÍCULO 11 CP

Comisión por omisión. Requisitos de la participación omisiva. Homicidio. Inexistencia: la actitud de presenciar la agresión por amigo a la víctima, con la que se había tenido previamente relaciones sexuales, sin intervenir y dejándola abandonada hasta su muerte, no supone una comisión por omisión al no tener el deber de garante, ni haber creado la situación de peligro. Omisión del deber de impedir delito: inexistencia. No intervención ante ataque a mujer con barra de hierro que le causa la muerte, sin que sea descartable el riesgo para el omitente al haber tenido relaciones sexuales con ella previamente y ser la novia del agresor.

(...) es incuestionable desde el punto de vista jurídico que cuando el sujeto de la infracción no evita pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico.

Pues bien la jurisprudencia, por ejemplo SSTS 1480/ 99 de 13 octubre, 27/2007 25 enero, ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual artículo 11 CP, se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice)
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el Artículo 11, apartado b), CP, cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.

El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

(...) Como ya hemos referido más arriba la doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que está equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero.

Cuando se realiza un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que con su hacer, interviniendo en el curso natural de las cosas, el sujeto causa de modo objetivamente imputable y con control o dominio del hecho un resultado típico. Es decir, que la acción del sujeto, modificando una situación pacífica o de no peligro, provoca, crea el riesgo de lesión para un bien jurídico que hasta entonces no estaban en peligro. Es esta la estructura de la comisión activa de un delito de resultado: la causación activa produce la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro concreto de lesión, por eso puede decirse que esa conducta ha matado, dañado, estafado, etc.

Situación que no se produce cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a un peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión (procedente de actuaciones de terceros y consiguientemente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico).

Esta omisión, no debe equivaler sin más a producir la lesión por el solo hecho de que el sujeto tenga un deber de garante de evitar el resultado respecto del bien jurídico. Nadie niega que hay casos en que la omisión constituye comisión por omisión. Los ejemplos clásicos de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido, o el jefe de estación que no acciona la señal de parada de un tren. Pero la razón de que haya delito de comisión por omisión en estos casos radicaría en que la omisión misma en la que desencadena el peligro concreto y real que hasta entonces estaba perfectamente controlado por el sujeto activo y no en la existencia de la posición de garante. Pero cuando la omisión no crea peligro alguno para la vida, sino que se encuentra con un peligro que ya está ahí procedente de la acción de un tercero, tal omisión no supone la creación del riesgo, se trata de una omisión propia y no de comisión por omisión subsumible en el tipo de homicidio y equiparable en su desvalor a la causación del mismo.

Situación que sería la del caso que se analiza. La Sala de instancia fundamenta la condena del recurrente como autor en comisión por omisión «en la actitud de este presenciando los hechos sin hacer nada por impedirlos ni aminorizar sus consecuencias, ni tampoco avisar a las asistencias para que atendieran a Sabina Modesta tras la agresión».

Con independencia de que esta última aseveración puede cuestionarse, dado que el presupuesto subjetivo de la comisión por omisión parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor. Elemento subjetivo que por ello, debe concurrir en el momento de la inacción y no en su conducta posterior, no es admisible un dolo *subsequens* –sancionable, en su caso vía artículo 195 o 450 CP-.

La mera presencia del acusado en el lugar de los hechos no supone un incremento del riesgo, una posición de garante, por vía de la injerencia, que le obliga a intervenir e impedir que el resultado se produzca, y la aplicación, caso contrario, el artículo 11 CP, cuando se desconoce cual fuera su posición en los hechos y en que pudo consistir el comportamiento esperado para impedir el resultado, no olvidemos que la presencia de sangre en su pantalón y camiseta que, según la Sala, evidencian una situación cercana con la víctima que provocó que la salpicadura de la sangre alcance tales prendas, también pudo deberse, como hipótesis favorable al recurrente, a que éste se aproximara al autor material y a la víctima para intentar convencerle de que no continuara con la agresión.

(STS 682/2017, de 18 octubre)

ARTÍCULO 13 CP

Penas leves: supuestos en los que el Código Penal contempla una degradación penológica de los distintos tipos penales que puede conducir a que la sanción impuesta a sus responsables recaiga en el espacio propio de las penas leves. Penas accesorias: prohibiciones del artículo 57

(...) el legislador no presenta ninguna regla especial que resuelva la naturaleza del delito, cuando la sanción prevista para un tipo o subtipo penal sea alternativa y una de las penas tenga la consideración de pena menos grave y la otra de pena leve.

(...) A favor de considerar estos delitos como leves, se ha expresado que si el legislador, al crear los delitos leves con la reforma operada por la LO 1/ 2015, considera que la disyuntiva entre pena menos grave y pena leve se resuelve a favor de la pena leve, por analogía deben aplicarse esos mismos criterios para el supuesto de penas alternativas que muestren la misma divergencia de gravamen. Entienden que el legislador ha solucionado la cuestión desde un punto de vista sustantivo para los casos de pena única, por lo que se hace tan lógico aplicar esta solución al conflicto que se plantea con las penas alternativas, como incongruente sería optar por la consideración de menos grave en el supuesto más parecido a aquel en el que el legislador desechó la opción de mayor gravamen.

(...) La solución propuesta por la Fiscalía, en su Circular 1/2015, es considerar como menos graves, a los delitos con penas alternativas, en los que una de ellas sea menos grave y la otra leve, considerando que la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la pena que se solicite o imponga.

(...) Y este es el posicionamiento que unánimemente proclama esta Sala. La norma recogida en el artículo 13.4 del Código Penal, no es sino una regla especial para la determinación de la naturaleza de la infracción penal, en aquellos exclusivos supuestos en los que la pena, por su extensión, no puede categorizarse conforme con las reglas expresadas en el artículo 33 del Código Penal. Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación, justifica la regla complementaria que analizamos. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta (bien por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como acontece en el artículo 405 del Código Penal; bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, como el que nos ocupa), la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del Código Penal, conduce a la aplicación de unas reglas generales que resultan perfectamente claras al respecto: cuando la infracción penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene también aparejada al delito, y éste solo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve. Una extensión de la regla especial a supuestos distintos de los que la norma penal contempla, no solo contradice los principios inspiradores de la regla general, pues desvincula la naturaleza del delito, de la gravedad que el legislador ha atribuido a la conducta típica, sino que introduciría además una profunda ruptura en los principios de definición y estabilidad que rigen las normas atributivas

de la competencia, dado que supondría que un órgano de instrucción pudiera llegar a imponer –conjunta o alternativamente– una pena menos grave en enjuiciamientos sin conformidad (contrariamente al criterio de gravedad de la pena que apuntan los artículos 14.1, 14.3 y 14 bis de la LECRIM, en su redacción dada por la Ley 41/2015) o –de adverso– resultaría forzado a declinar su competencia cuando, en las conclusiones definitivas, se modificara la pena leve peticionada inicialmente, por una pena alternativa menos grave; lo que contradice las reglas de competencia constante e invariable que refleja el inciso último del artículo 783.2 de la LECRIM, así como en el artículo 800.1 de la misma ley.

Séptimo. Con independencia de que concluyamos en esta resolución que es menos grave el delito que tiene previsto una pena de esta entidad, aun cuando la sanción venga anunciada como alternativa a otra pena que merezca la consideración de leve, surge la cuestión de si las prohibiciones accesorias de acercamiento y comunicación con la víctima, deben ajustarse a la gravedad o levedad del delito, o por el contrario se corresponden con la gravedad de la pena principal finalmente impuesta.

Como bien indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, las prohibiciones contempladas en el artículo 57 del Código Penal, ubicado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro I del CP bajo la rúbrica «De las penas accesorias», es una pena accesoria impropia. No solo es una pena accesoria cuya extensión, excepcionalmente, no está vinculada a la duración de la pena principal (artículo 33.6 y 57 del Código Penal), sino que también, a diferencia del resto de penas accesorias reguladas en la misma sección, no se trata de restricciones inherentes a la imposición de otras sanciones, sino que su aplicación deriva de la condena por determinados delitos.

En consecuencia, partiendo de que el delito perpetrado ha de considerarse menos grave y que su naturaleza no muta ante la posibilidad de que el juez haya rebajado las penas principales en un grado y haya impuesto finalmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un tramo correspondiente a pena leve, resulta correcta la decisión de la Audiencia Provincial de aplicar el artículo 57-2 en relación al artículo 57.1 del CP, desechando la norma del 57.3 del Código Penal, por venir únicamente prevista para los delitos leves.

(STS 392/2017, de 31 mayo)

ARTÍCULO 22.8 CP

Reincidencia: datos necesarios que deben constar en la sentencia para aplicar la agravación: en los hechos probados siempre deben contenerse los datos como la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena, pudiendo las dudas sobre la aplicación de la agravante completarse con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica

Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena

impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 [sic] de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

2. En este caso, la sentencia dictada en apelación dio por reproducidos los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Penal, cuya única referencia a los antecedentes del recurrente fue «que Onésimo, mayor de edad y con antecedentes penales por delito de robo con violencia». Ningún dato respecto a la fecha de las sentencias, a la pena impuesta, ni al momento de su extinción, que tampoco podía descartarse.

Es decir, omitió cualquier referencia a la concurrencia de los presupuestos sobre los que se asienta la agravante de reincidencia, más allá de la existencia de condenas anteriores por delitos de la misma naturaleza incluidos en el mismo título del Código, sin posibilidad de deducir si a la fecha de comisión de los nuevamente enjuiciados, eran o no cancelable.

3. Respecto a la posibilidad de integrar los déficit del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en la STS 495/2015, de 29 de junio y las que ella cita, que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero también se ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos –fáctico y jurídico– que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTS 857/2016, de 11 de noviembre o 217/2016, de 15 de marzo han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones. Sin embargo se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados (la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena), que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica (STS 110/2017, de 22 de febrero).

(STS 538/2017 de 11 julio)

ARTÍCULO 31 TER Y QUATER CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: posibles soluciones para resolver el conflicto de intereses entre la persona física y la jurídica cuando actúa en el proceso la primera en representación de la segunda; existencia: blanqueo de capitales por los administradores y representantes de la persona jurídica que actúan en su nombre y beneficio, careciendo de un sistema efectivo de control implementado para anular o disminuir eficazmente el riesgo de comisión en la empresa de tal delito

(...) Nos enfrentamos con ello ante un importante problema que la LO 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de la persona jurídica como eventual autora de delitos, no resolvió en su día.

Se trata en concreto de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no solo en el ejercicio de la estricta función representativa sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor.

La cuestión lógicamente se suscita especialmente en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses procesales entre los de quienes, en principio, estarían legalmente llamados a llevar a cabo tales funciones representativas (representantes y administradores) y los propios e independientes de la persona jurídica, que a su vez pudieren incluso afectar a los derechos de terceros, como sus trabajadores, acreedores, accionistas minoritarios, etc.

Más en concreto aún, cuando aquel a quien se encomiende tal tarea fuere, a su vez, posible responsable de la infracción que da origen a la condena de la representada, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que su actuación se extiende también a las decisiones relativas a la estrategia de defensa a seguir, que incluirán la posibilidad de optar por un camino de colaboración con las autoridades encargadas de la persecución y castigo del delito cometido por la persona física en el seno de la colectiva, aportando datos y pruebas sobre la identidad de su autor y los hechos por él cometidos, con el fin de obtener para la persona jurídica los beneficios punitivos derivados de esa opción como consecuencia de la aplicación de la correspondiente atenuante (vid. artículo 31 quáter.b) CP).

En estos casos, dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación.

Cuando además, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 ter CP (anterior artículo 31 bis.2 CP), la persona jurídica responderá «...aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» y, según apartado 3 del mismo precepto, incluso ante el «... hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia...».

Semejante cuestión, de tanta trascendencia procesal como puede advertirse y que es resuelta en otros ordenamientos con distintas fórmulas, como la designación a estos efectos por el órgano jurisdiccional correspondiente de una especie de «defensor judicial» de la persona jurídica, la asignación de tales responsabilidades a un órgano colegiado compuesto por personas independientes junto con otras en representación de los intereses de terceros afectados por las posibles consecuencias sancionadoras derivadas del ilícito de la persona jurídica, etc. o como lo era también en nuestro propio país en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (artículo 51.1) mediante la atribución de esas funciones de defensa, con carácter prioritario, al «director del sistema de control interno de la entidad» (el denominado también como «oficial de cumplimiento»), evidentemente no puede ser resuelta, con carácter general, por esta Sala.

Sin embargo nada impediría, sino todo lo contrario, el que, en un caso en el cual efectivamente se apreciase en concreto la posible conculcación efectiva del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en juicio, y a lo largo de todo el procedimiento, por una persona física objeto ella misma de acusación y con intereses distintos y contrapuestos a los de aquella, se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad, que debería en este caso ser designado, si ello fuera posible, por los órganos de representación, sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones...».

(STS 583/2017, de 19 julio)

ARTÍCULO 142 CP

Homicidio imprudente. Imprudencia grave y menos grave: Caso Arena. Cursos causales irregulares y cadena causal múltiple

(...) La falta del deber de cuidado no ha de encontrarse únicamente en la infracción de las normas administrativas dictadas para la vía meramente gubernativa, sino en la conculcación del módulo de imprudencia que se tipifica en el Código Penal. Las normas administrativas establecen sanciones en tal orden, pero cuando el resultado se ha producido y la dejación de la diligencia debida es patente, entra en juego el derecho penal. La noción de imprudencia, grave o menos grave, no es un concepto administrativo, sino penal, que se interpreta como la infracción de las normas que obligan a tomar la diligencia debida no observando el deber de cuidado, por encima de cualquier infracción reglamentaria, concepto este último que hoy ya no se proclama ya en el Código Penal.

Cuando, como es el caso, se trata del curso de un proceso causal irregular, de naturaleza múltiple, este fenómeno puede ser de dos clases: a) aquellos supuestos en que concurre un suceso extraño que rompe la cadena causal, por la intervención de un tercero o de la propia víctima; b) aquellos otros que obedecen a diversas causas que confluyen todas ellas a la producción de un mismo resultado, y que no se hubiera producido sino por la adición de vectores contributivos a generar tal resultado.

Esto último es lo que ocurre en el supuesto que enjuiciamos, nos hallamos ante una cadena causal múltiple que origina la creación de un riesgo para la víctima, incrementando tal riesgo cada una de las acciones u omisiones causales.

La doctrina de esta Sala (entre otras, SSTS 865/2015, de 14 de enero de 2016, y 755/2008, de 26 de noviembre) ha señalado que cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta de aquél, no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva; y si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento.

(...) Como acertadamente se razona, y resulta de la jurisprudencia de esta Sala, el delito imprudente exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1.º La infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión).
- 2.º Vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado).
- 3.º Generación de un resultado.
- 4.º Relación de causalidad.

A lo anterior debe sumarse:

- 1) En los comportamientos activos:
 - a) el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico).
 - b) la imputación objetiva del resultado (vínculo normativo): que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.
- 2) En los comportamientos omisivos: dilucidar si el resultado producido se hubiera ocasionado de todos modos si no se presta el comportamiento debido. Pero no que no se puede saber o conocer si el resultado se hubiera producido, o no, de haberse prestado la atención debida.

Conforme a la teoría de la imputación objetiva, se exige para determinar la relación de causalidad:

1. La causalidad natural: en los delitos de resultado éste ha de ser atribuible a la acción del autor.
2. La causalidad normativa: además hay que comprobar que se cumplen los siguientes requisitos sin los cuales se elimina la tipicidad de la conducta:

1.º Que la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que se entiende que no concurre en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se trata de riesgos permitidos.
- b) Cuando se pretende una disminución del riesgo: es decir, se opera para evitar un resultado más perjudicial.
- c) Si se obra confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del riesgo permitido (principio de confianza).
- d) Si existen condiciones previas a las realmente causales puestas por quien no es garante de la evitación del resultado (prohibición de regreso).

2.º Que el resultado producido por la acción es la concreción del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción, manteniéndose criterios complementarios nacidos de la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, de forma que en estos casos hay que indagar cuál es la causa que realmente produce el resultado.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, ha procedido a una despenalización de la imprudencia leve, dibujando nuevos conceptos, imprudencia grave y menos grave en los tipos imprudentes de los artículos 142 y 152 del Código Penal.

Las razones de la distinción es la modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal.

Así, según se expone en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el legislador considera «oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil» por considerar que estos supuestos deben quedar fuera del Código Penal razonando que «no toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad».

Dentro de las imprudencias que se consideran por el legislador que constituyen conductas merecedoras de reproche penal se establece esa modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, en las que se incluyen, por lo que afecta a la presente resolución, los delitos de homicidio por imprudencia grave y menos grave previstos en el párrafo primero y segundo del artículo 142 del Código Penal, respectivamente, y las lesiones por imprudencia grave del artículo 147.1 del Código Penal que se recogen en el artículo 152.1.1.º del Código Penal, no considerándose constitutivas de infracción penal las lesiones previstas en el artículo 147 del Código Penal que se cometan por imprudencia menos grave puesto que el segundo párrafo del artículo 152 del Código Penal solo sanciona al que por imprudencia menos grave comete alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 del Código Penal.

Se hace, pues, necesario un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave y proyectarlos sobre la realidad social diaria.

La distinción, al menos en su nomenclatura, es novedosa en nuestro sistema penal, y en concreto la expresión y concepto de imprudencia menos grave, pudiendo ayudarnos los antecedentes histórico-legislativos en la exégesis de la misma.

Desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundado solo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno (STS de 15 de octubre de 1991).

En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (ver STS de 17 de noviembre de 1992).

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen de crimina culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de esta Sala entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (STS 1823/2002, de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

Como hemos dicho, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual.

La cuestión es pues si los conceptos imprudencia grave y menos grave son o no equivalentes a los anteriores de imprudencia grave y leve y si, por tanto, ha habido una reducción de la intervención penal.

En la doctrina científica, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se pueden distinguir, fundamentalmente, dos posturas en torno a la elaboración conceptual de la nueva categoría de imprudencia menos grave –y su relación con la grave–. En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve, y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se separaría de esta última, nutriéndose de supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa.

La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino

que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia —la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave—.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podría ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

En suma, en una aproximación hermenéutica al concepto de imprudencia menos grave, es precisa una vulneración de cierta significación o entidad de los deberes normativos de cuidado, en particular de los plasmados en los preceptos legales de singular relevancia, sin exclusión de los sociológicos.

Por tanto, la imprudencia menos grave ha de situarse en el límite superior de aquellas conductas que antes eran consideradas como leves y que el legislador ha querido expresamente despenalizar, encontrándose supuestos que por la menor importancia y relevancia del deber de cuidado infringido, de conformidad con los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la jurisprudencia para ello, y a los que con anterioridad se ha hecho referencia, pueden ser considerados como menos graves.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir).

Estas nociones, naturalmente, constituyen generalmente conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan del diseño, en el caso concreto, para operar en la realidad que ha de ser juzgada en el supuesto de autos. La imprudencia grave es, pues, la omisión de la diligencia más intolerable, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad.

(...) Ya hemos declarado anteriormente los módulos de la gravedad de la imprudencia, debiendo estar en todo caso, a las circunstancias del caso concreto, estableciendo como criterios a tener en cuenta la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, que es el criterio fundamental aunque también demasiado genérico, y la previsibilidad del resultado, elemento, por otra parte, inherente al mismo concepto de deber de cuidado, ya que solo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado.

Algunas sentencias de esta Sala, como la STS 598/2013, de 28 de junio, se mantienen que la gravedad de la infracción se determina desde una perspectiva objetiva o externa y subjetiva o interna:

1.º Perspectiva objetiva o externa: que supone la determinación de la gravedad con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor directamente vinculada con:

a) el grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado o con el grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos derivados de la conducta de terceras personas o de circunstancias meramente casuales.

b) el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo).

c) la importancia o valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: a mayor valor, menor el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.

2.º Perspectiva subjetiva o interna (deber subjetivo de cuidado): la gravedad se determina por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo: a mayor previsibilidad, mayor nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave la vulneración.

(STS 805/2017, de 11 diciembre)

ARTÍCULO 148.4 CP

Lesiones con víctima que estuviere o hubiese estado ligada al autor por análoga relación de afectividad: evolución legislativa e interpretación de análoga relación de afectividad aun sin convivencia: lo decisivo es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro, excluyéndose las relaciones puramente esporádicas y de simple amistad

(...) Tras la Ley 1/2004 e incluso desde la Ley 11/2003, como diría la STS de 23.12.2011, las notas de estabilidad y convivencia carecen de apoyo legal, pues han sido eliminadas por el legislador de los tipos de los artículos 153, 173.2 y 171.4 CP. En efecto, la unión ya no ha de ser estable ni ha de tener una mínima duración. Es perfectamente posible con una estabilidad de 15 días estar hablando de una relación personal e íntima que traspasa los límites de la relación de amistad. Eso ocurre, en nuestro caso, dado que con independencia de su duración, la relación era sentimental y no amistosa. Por ello, una vez extinguida, los celos del varón disparan el sentimiento de dominación. El despecho del varón al conocer que la mujer era prostituta solo justificaba su derecho a la ruptura, pero en absoluto la exasperación de la dominación y sometimiento de la mujer repudiada.

e) El único sentido de la agresión y de las amenazas y vejaciones reside en la sumisión de la mujer como instrumento de la violencia masculina. Esta es la esencia de la violencia de género. Son hechos probados las palabras que acompañan a las amenazas vertidas y vejaciones proyectadas y éstas revelan por su profundidad hiriente y su literalidad descarnada ese oscuro rincón de la razón donde anida la marginación de la mujer como objeto, cosa o instrumento sometido al dominio del hombre. *Ex abundantia cordis loquit os. In claris non fit interpretatio*. La sola lectura de las vejaciones pone luz sobre el sentido de perverso dominio que anima al varón despechado.

f) Aunque el Tribunal ha querido ocultar esos móviles, o por lo menos silenciarlos, las acciones solo se comprenden desde el despecho y desengaño amorosos de un varón trastornado al conocer que la mujer con la que mantenía una relación sentimental se dedicaba a la prostitución. Y eso no es admisible. Su libertad para consumar la ruptura no puede extenderse al libertinaje para lesionar, perseguir, o vejar a la pareja repudiada.

g) Hay otro detalle que revela la etiología de la agresión física y verbal: la provocación de un daño moral, con padecimientos psicológicos con tratamiento durante varios meses. Esa consecuencia solo es comprensible desde el entendimiento por el sujeto pasivo de la relación como sentimental y desde el padecimiento de una conducta de sumisión y subordinación que menoscaba la integridad moral inherente a la dignidad de la persona.

En definitiva era una relación sentimental, de intensidad afectiva y con naturaleza distinta a la amistosa.

Ciertamente hemos dicho en STS 1376/2011, de 23 diciembre –referida a un caso de amenazas de género del artículo 171.4 CP que sin duda no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal, pero sí se advierte coincidencia en los pronunciamientos de juzgados y audiencias especializados en violencia sobre la mujer, en entender que en el referido precepto estarían comprendidas determinadas relaciones de noviazgo, siempre que exista una evidente vocación de estabilidad, no bastando para cumplir las exigencias del mismo, las relaciones de mera amistad o los encuentros puntuales y esporádicos. Será, por tanto, una cuestión de hecho, sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal, la de determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permiten advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación.

En efecto, a través de las necesarias reformas por Leyes Orgánicas 14/99 y 11/2003, se ampliaron los sujetos pasivos del tipo penal, incorporando la análoga relación de afectividad con convivencia en la primera de ellas, y aún sin convivencia en la segunda, en coordinación con los cambios sociales aparecidos.

Dichas modificaciones tienen una sustancial importancia en relación al supuesto en estudio, por cuanto en la actualidad por LO 1/2004, se ha ampliado sustancialmente el supuesto de hecho típico. En el momento presente, y es cuestión que no ofrece duda (tanto por la propia redacción del CP como la interpretación jurisprudencial al respecto) en el tipo penal se encuentran recogidos como sujetos pasivos, tanto los cónyuges matrimoniales como las parejas «*more uxorio*», lo que usualmente se conoce como pareja de hecho. Y se ha pretendido, claramente, incluir otros supuestos de hecho que con anterioridad quedaban, en los que se denota una especial vinculación o unión más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho (y mucho menos en lo matrimonial) por falta de ese elemento de convivencia que era la determinante de una estabilidad, de un proyecto de futuro y de una vocación hacia la creación de una unidad familiar.

Ahora, después de las modificaciones operadas por las LO 13/2003 y 1/2004, la analogía respecto al matrimonio en la relación de afectividad existente entre imputado y víctima ya no encuentra apoyo en las notas de estabilidad y convivencia que han sido expresamente eliminadas en la redacción legal de los artículos 153, 173.2 y 171.4. El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que sea ésta.

Los preceptos mencionados no tienen como finalidad dispensar una especial protección a la institución matrimonial, sino justamente sancionar la aparición en la relación sentimental que es inherente a aquélla, pero que comparte con otras uniones afectivas a las que se extiende la protección, de situaciones de violencia, maltrato o dominación. Las relaciones de pareja constituyen, como refiere la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, uno de los tres ámbitos básicos de relación de la persona con las que suele producirse la aparición de la violencia de género.

En efecto, una de las razones por las que, precisamente se extendió el círculo de los sujetos pasivos que podrían quedar afectados por los hechos previstos en los arts. 153, 171.4 y 173.2 CP, no fue otra que la de extender la especial protección del tipo a aquellas relaciones que, conforme a la legislación anterior, estaban excluidas por no concurrir el requisito de la convivencia y estabilidad en la redacción de análoga afectividad a la del matrimonio. Con ello tienen cabida no solo las relaciones de estricto noviazgo (término no empleado en el precepto penal que examinaremos) esto es, aquellas que, conforme a un estricto método gramatical, denotan una situación transitoria en cuanto proyectada a un futuro de vida en común, sea matrimonial, sea mediante una unión de hecho más o menos estable y con convivencia, sino también aquellas otras relaciones sentimentales basadas en una afectividad de carácter amoroso y sexual (y aquí radica la relación de analogía con el matrimonio/que, por no quedar limitadas a una mera relación esporádica y coyuntural, suponen la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre las componentes de la pareja, cualquiera que sea la denominación precisa con la que quiere designarse.

La STS 510/2009, de 12 de mayo al analizar los tipos de los artículos 133.1 y 173.2 CP, recordó que no resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia –ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos–, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al artículo 69 del Código Civil, la convivencia se presume y que el artículo 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los artículos 153 y 173 del CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical –vivir en compañía de otro u otros–. De lo

contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.

(...) la relación de afectividad análoga a la conyugal no puede ser presumida en contra del acusado, de manera que no concurre en los hechos probados uno de los requisitos del tipo agravado del artículo 148.4 CP, puesto que no toda relación afectiva o sentimental puede ser calificada como análoga a la conyugal, precisándose para ello que la naturaleza, finalidad, intensidad, grado de compromiso, seriedad y /o duración de la misma permitan efectuar la analogía, y ello con independencia de que las circunstancias del hecho permitirían la aplicación de la actual agravante del artículo 22.4 CP, «cometer el delito por...razones de género» aplicable precisamente para aquellos supuestos que no lo era el tipo agravado del artículo 148.4 e introducida por LO 1/2015 de 30 de marzo, que no estaba en vigor cuando los hechos acaecieron.

(STS 697/2017, de 25 octubre)

ARTÍCULOS 186 Y 189.1.B) CP

Provocación sexual y pornografía infantil: integración del delito de provocación sexual en el delito continuado de exhibición de material pornográfico infantil cuando el material pornográfico en que se haya utilizado menores de edad sea a su vez exhibido a menor de edad, dada la igualdad de medio comisivo y ser preceptos de igual o semejante naturaleza

En cuanto a la aplicación conjunta a estos hechos de los dos tipos delictivos de los artículos 186 y 189.1b CP, debemos analizar cuáles son los requisitos y conductas de cada uno de ellos, así como al bien jurídico protegido.

En cuanto al delito del artículo 186 CP son sus requisitos:

- a) la difusión, venta o exhibición de material calificable como pornográfico; «difundir» equivale a divulgar entre una pluralidad de personas; «vender» a enajenar a cambio de precio u otra contraprestación económica; «exhibir» a mostrar o colocar directamente a la vista del sujeto pasivo el material pornográfico correspondiente.
- b) la mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo, lo que supone que el menor debe estar físicamente presente en la conducta de difusión, venta o exhibición, exigiendo desde una perspectiva legal, la confrontación directa entre ambos sujetos.

c) que los destinatarios de la acción sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

d) que la conducta sea dolosa o intencional, no exigiéndose, en cambio, un elemento subjetivo del injusto especialmente determinado, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto.

Y el bien jurídico protegido por este delito –comprendido en el capítulo dedicado a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual– es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores destinatarios del material pornográfico, esto es una conglomeraación de intereses y valores, o sea la preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, su desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y su bienestar psíquico, esto es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada su personalidad.

En cuanto al delito del artículo 189.1.b) comprendido en el capítulo V «de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores», son sus elementos:

a) El objeto del delito ha de ser material pornográfico infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición legal de pornografía infantil de las letras a), b), c), y d), del artículo 189.1 b).

b) En cuanto las conductas que contempla, la estructura del tipo penal tienen dos apartados: uno relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y un segundo apartado, de puesta en circulación del material de pornografía infantil. Seguir así por el primero se incrimina la producción (acto de creación), venta (acto de intermediación), distribución (acto de divulgación) o exhibición (acto de ofrecimiento visual directo).

Por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos pero bajo una actividad de facilitación, de manera que se incrimina a quien «facilita la producción, venta, difusión, o exhibición por cualquier medio».

De ello se colige que para el legislador es lo mismo distribuir que difundir, ambos conceptos son sinónimos de divulgar, pues en el primer apartado utiliza la locución «distribución» y el segundo, el sustantivo «difusión». Y aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad autorizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión, es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal.

c) El bien jurídico protegido del artículo 189.1.b), debe ser entendido con un bien plurisubjetivo y colectivo que protege la indemnidad, la seguridad y la dignidad de la infancia en abstracto, en el que el legislador adelanta las barreras de protección, abarcando el peligro inherente a conductas que puede fomentar prácticas pedofilia abarcando menores concretos (STS 767/2007 de 3 de octubre).

Consecuentemente mientras en el delito del artículo 186, el destinatario de la pornografía, el sujeto pasivo del delito es un menor de edad en contacto directo con el autor, y el material pornográfico no contiene menores involucrados en el mismo, en el delito del artículo 189.1.b), es el menor quien aparece en las escenas pedófilas o pornográficas y el destinatario de las mismas es un número indeterminado de personas, generalmente través de las redes sociales, mayores o menores de edad. No obstante, dada la similitud del bien protegido en ambas figuras delictivas, e incluso de comportamientos-en ambos se exhibe material pornográfico, puede existir una repetición e

innecesario solapamiento de conductas, cuando la pornografía se exhibe a un menor de edad y aquella tiene un contenido pedófilo, la posibilidad de integrar el delito de provocación sexual en el artículo 186 en el delito continuado del artículo 189.1.b, debe admitirse, cuando el material pornográfico en que se haya utilizado menores de edad sea a su vez, exhibido a menor de edad, dada la igualdad de medio comisivo y ser preceptos de igual o semejante naturaleza conforme lo preceptuado en el artículo 74.1 en relación con el artículo 8.3 y 4 CP.

(STS 826/2017, de 14 diciembre)

ARTÍCULOS 197.2 Y 198 CP

Descubrimiento y revelación de secretos: apoderarse o utilizar en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal: es necesaria una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que es la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 CE. Concepto de en perjuicio de tercero

(...) se argumenta en la sentencia 586/2016, de 4 de julio, que «la gravedad de las penas asociadas al artículo 197.2 del CP son bien expresivas de la necesidad de una fundada y grave afectación del bien jurídico protegido, que no es la intimidad, entendida en el sentido que proclama el artículo 18.1 de la CE, sino la autodeterminación informativa a que se refiere el artículo 18.4 del texto constitucional. Se trata de una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad».

En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la protección de los datos de carácter personal deriva del artículo 18.4 CE y consagra «en sí mismo un derecho o libertad fundamental» (SSTC 254/1993, de 20 de julio; y 254/2000, de 30 de noviembre, entre otras), que «excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (artículo 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data* y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención» (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Así centrada la tutela del bien jurídico protegido por el artículo 197.2 del CP –prosigue diciendo la sentencia 586/2016– es entendible la ausencia de relieve penal de los hechos imputados al acusado. Y es que la nula afectación del bien jurídico –por más que la ya razonada ausencia de otros elementos del tipo objetivo sería suficiente para el desenlace absolutorio– es otra de las razones para concluir la falta de tipicidad de los hechos.

(...) el artículo 197.2 exige que el acusado actúe en perjuicio de tercero, no aceptándose que exista tal perjuicio por el solo hecho de ejercitar ante el Juzgado una acción para la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución. Y remarca después la Audiencia, argumentando en la misma línea, con cita de alguna

sentencia de esta Sala, que no basta el mero obrar, sino que es preciso que la acción aparezca dotada de una clara orientación con el propósito de causar un daño con un determinado estándar de gravedad.

En apoyo de su argumento cita la Audiencia la sentencia 961/2016, de 20 de diciembre, en la que se afirma que en el artículo 197 del C. Penal se hace uso de los verbos apoderarse, utilizar, modificar y alterar, sugestivos del mantenimiento de una relación instrumental de cierta intensidad, incluso manipuladora, con los datos registrados, esto es, de algo o bastante más que una mera toma superficial de conocimiento, sin ulterior proyección práctica. Y por otro lado, se requiere que la acción se produzca en perjuicio de tercero. Para lo que se recurre a una de las acepciones de la preposición en que tiene la función consistente en introducir un complemento que expresa finalidad, como, por ejemplo, cuando se dice que alguien actúa «en beneficio de la comunidad», esto es, persiguiendo reflexivamente ese beneficio. Y el legislador lo hace, no por casualidad, sino para subrayar que existen formas de intervención sobre los datos de referencia que, no obstante ser legalmente inadmisibles no son perjudiciales en el sentido por el que él se decanta. De este modo, no es cierto que baste el mero obrar en el sentido indicado, sino que se requiere que la acción aparezca dotada de una cierta clara orientación, presidida por un determinado propósito que no se agota ni se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo.

Por consiguiente, el Tribunal sentenciador, aunque no entra a examinar la expresión «en perjuicio» ni las dudas interpretativas que genera sobre si se está refiriendo a la exigencia de un elemento subjetivo del injusto o al elemento objetivo del resultado de la conducta de apoderarse o utilizar los datos del Catastro referentes a la querellante, sí establece que no está probado ese inciso del tipo penal.

Las sentencias de esta Sala generalmente no interpretan la expresión «en perjuicio» como un elemento subjetivo del injusto. Así lo acredita la sentencia 234/1999, de 17 de junio, en la que se argumenta que esta Sala no puede compartir que la expresión «en perjuicio de» supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero, aunque no deja de reconocer que la preposición «en» ha sido interpretada frecuentemente en dicho sentido. En el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro – el del artículo 197.1– en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición «para», el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. A esta conclusión debe conducir no solo el argumento sistemático a que se acaba de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos pues –dice la sentencia 234/1999– ante un delito doloso pero no ante un delito de tendencia.

Y en lo que atañe al elemento objetivo afirma la misma sentencia que parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues solo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero. No es fácil precisar, «*a priori*» y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese

perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta; dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar.

En la misma línea de no interpretar la expresión «en perjuicio» como un elemento subjetivo del injusto sino en una clave más objetiva se muestran otras sentencias de esta Sala, como la 1084/2010, de 9 de diciembre, en la que se señala que el tipo penal del artículo 197.2 exige que la conducta se lleve a cabo en perjuicio de tercero, aunque no haya un ánimo específico de perjudicar, pues basta con que la acción se realice con la finalidad dicha, sin que resulte necesario para la consumación la producción del resultado lesivo. Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión.

Y en la sentencia 525/2014, de 17 de junio, también se requiere solo el elemento del dolo, sin hacer referencia a un elemento subjetivo del injusto, requisito que tampoco se exige en otras sentencias de esta Sala (SSTS 532/2015, de 23 de septiembre; y 553/2015, de 6 de octubre).

En cuanto al elemento objetivo del perjuicio ocasionado por la acción delictiva, la jurisprudencia viene entendiendo (ver STS 532/2015), al contemplar las SSTS 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre, que solo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena– en el inciso segundo.

La STS 1328/2009, de 30 de diciembre, distingue entre datos «sensibles» y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el «perjuicio» exigido, mientras que en los datos «no sensibles», no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles. Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos «sensibles», suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad («núcleo duro de la privacidad»): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc, que ya se castiga como subtipo agravado en el actual artículo 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del artículo 197.2 CP; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado (SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre; 532/2015, de 23 de septiembre; y 553/2015, de 6 de octubre).

(STS 803/2017, de 11 diciembre)

ARTÍCULO 235.1.7 CP

Hurto leve. Regla penológica de multirreincidencia. Condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este título: hasta que no se diga de forma específica y expresa en las normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves; alcance: reincidencia, relación con el artículo 234 y desproporcionalidad de la pena. Voto particular

(...) El artículo 22.8.º establece que «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Pues bien, si ése es el concepto de reincidencia y en él se excluye el cómputo de los delitos leves para apreciarla, no parece razonable hablar de multirreincidencia excluyendo el concepto básico de la parte general del Código de lo que debe entenderse por reincidencia.

Si el legislador parte del principio general previo de que la escasa entidad de ilicitud que albergan los delitos leves impide que operen para incrementar las condenas del resto de los delitos, no parece coherente abandonar esa delimitación del concepto de reincidencia que se formula en la parte general del Código para exasperar la pena de un delito leve hasta el punto de convertirlo en un tipo penal hiperagravado (artículo 235.1.7.º), saltándose incluso el tipo penal intermedio o básico previsto en el artículo 234.1 del C Penal.

Esa interpretación conduce a considerar que lo que ni siquiera opera en delitos graves como mera agravante sí opera en delitos nimios de forma hiperagravada, exacerbando la pena de multa hasta una posible privación de libertad de tres años de prisión.

Es cierto que en el artículo 66.1.5.ª del C Penal también se prevé una agravante de multirreincidencia de forma genérica, al disponer el precepto que «Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

Sin embargo, esta norma presenta un grado de discrecionalidad en su aplicación muy importante, y además la exacerbación de la pena no tiene nada que ver con el salto cualitativo que se produce en el artículo 234 si se interpreta en el sentido que postula el recurso de la acusación pública.

Y en segundo lugar, el apartado 2 del artículo 66 excluye de la aplicación de la norma los delitos leves.

2. Así las cosas, para interpretar los artículos 234 y 235 del C Penal en un sentido que resulte congruente el concepto de multirreincidencia con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia

que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los artículos 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las correspondientes a los delitos leves.

Frente a ello se puede contraponer que en el artículo 235.1.7.º se afirma que la multirreincidencia está referida a delitos « comprendidos en este título », sin hacer ninguna distinción sobre delitos leves y menos graves. Sin embargo, esa forma genérica de expresarse el legislador, unida a la interpretación literal de la misma que se hace en el recurso, genera, al margen de otros efectos, una notable desigualdad al asignar un mismo marco punitivo al acusado que comete un delito leve que al que comete un delito menos grave cuando ambos tienen antecedentes por tres delitos leves.

Además, ese giro lingüístico que se literaliza al máximo en el escrito de recurso también es utilizado en la superagravante genérica del artículo 66.1.5.ª del C Penal («comprendidos en el mismo título»), que fue establecida en la reforma legal de 29 de septiembre de 2003. Sin embargo, no operan en esos casos las condenas por delitos leves de la misma naturaleza para activar la aplicación de esa agravante de multirreincidencia, al quedar excluidos en el apartado 2 del precepto de las reglas prescritas en el apartado 1 cuando se trata delitos leves, y dado que ha de ponerse en relación el artículo 66 con el artículo 22.8.ª del mismo texto legal.

A mayores, también pueden traerse a colación las exorbitantes consecuencias punitivas de esa interpretación en otros delitos contra el patrimonio a los que se le aplica el mismo sistema de crear un tipo hiperagravado de multirreincidencia específica. Por ejemplo, el caso de los delitos leves de estafa, cuando la cuantía defraudada no rebasa los 400 euros, supuesto en que el Código impone una pena de multa máxima de tres meses (artículo 249 del C Penal). Sin embargo, en el caso de que concurren tres condenas precedentes por tres delitos leves de estafa (las antiguas faltas), la pena máxima de tres meses de multa podría convertirse, siguiendo la opción hermenéutica del recurso, en el caso de cometer un cuarto delito leve en una pena con un techo de hasta 6 años de prisión, además de una pena de multa. Es decir, una pena máxima de multa de tres meses se transformaría en un nuevo marco penal que tendría un techo de nada menos que 6 años de prisión y una multa de hasta doce meses.

Ante un salto punitivo de tal calibre todavía se muestra más necesaria y razonable una interpretación como la anteriormente referida, centrada en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.8.ª del C Penal, solo operen los antecedentes penales relativos a condenas cuando menos por delitos menos graves.

A todo ello podría añadirse como argumento complementario y secundario, de una entidad menor y más tangencial por su singularidad, que si siempre las faltas –actualmente reconvertidas en delitos leves– ocuparon por razones de grado de ilicitud un libro aparte dentro del C Penal hasta la última reforma de 2015, el hecho de que ahora hayan pasado a integrarse dentro de un mismo libro, título y capítulo no permite obviar que el grado de ilicitud carezca de toda relevancia a la hora de poder igualarlas cuando el legislador no lo dice de forma específica y expresa en la parte especial. Es más, el apartado 2 del artículo 66 del C Penal otorga unas connotaciones de especial naturaleza a los delitos leves al excluirlos, junto con los delitos imprudentes, de las normas generales de aplicación de las penas.

Por consiguiente, ha de entenderse que la interpretación de los artículos 234 y 235 del C. Penal (que permite acoger un sentido de la norma que resulte más restrictiva y acorde con el concepto legal de reincidencia y con las consecuencias punitivas que conlleva la multirreincidencia es el de que, hasta que no se diga de forma específica y expresa en las referidas normas, no pueden operar en la multirreincidencia los antecedentes penales por delitos leves.

(...) Resumiendo, pues, los razonamientos expuestos en los fundamentos precedentes, puede afirmarse que al reconocer el propio legislador el escaso grado de ilicitud del delito leve de hurto dada la pena de multa que le asigna, su agravación hipercualificada sobre el único soporte de otros delitos leves ya condenados nos sitúa en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio *non bis in ídem*. A ello ha de sumarse la unilateralización en que puede incurrirse en orden a la operatividad de los fines de la pena, al centrarse la nueva pena hiperagravada en el fin de la prevención general positiva (aminorar la alarma social y generar la confianza en la vigencia de la norma), vaciando prácticamente de contenido el fin de la prevención especial, al mismo tiempo que se debilita sustancialmente la eficacia del principio de culpabilidad como freno a los excesos punitivos cuando se pone en relación con la ilicitud concreta del hecho que se juzga.

Los referidos argumentos y otros que se exponen en el curso de la sentencia son los que nos llevan a respetar el concepto de reincidencia que se prevé en la parte general del C Penal, y que no resulta excluido de forma específica y singularizada en los artículos 234 y 235 del C Penal. Tal opción no excluye tampoco la aplicación de la multirreincidencia del artículo 235.1.7.^a del C Penal en los supuestos en que los antecedentes penales sean por delitos menos graves de hurto, resultando así una interpretación de la norma que resulta más restringida y acorde con los principios constitucionales que se han ido citando en el cuerpo de esta resolución.

(STS 481/2017, de 28 junio)

ARTÍCULO 253 CP

Apropiación indebida: el incumplimiento de las garantías legalmente establecidas para asegurar a los compradores de las viviendas la devolución de las cantidades anticipadas, como el ingreso en cuenta especial o aseguramiento de la devolución, no es determinante del delito, sino la distracción de las cantidades no destinándolo a su construcción, sin entregar las viviendas o devolver el dinero que debería haber garantizado, al llegarse a un punto sin retorno; normativa administrativa sobre las condiciones en que deben entregarse cantidades a cuenta para la construcción y compra de viviendas; doctrina jurisprudencial sobre la entrega de dinero para la construcción de viviendas para apreciar apropiación indebida; inexistencia: acusada que promueve viviendas e incumple las previsiones de la Ley 57/1968 y Ley 38/1999 sobre ingreso del dinero en una cuenta especial y su aseguramiento, pero llevándose a cabo la construcción de aquéllas que no son entregadas a los adquirentes por ejecución de préstamo por entidad bancaria

(...) una vez derogado el artículo 6 de la Ley 57/1968, el delito de apropiación indebida, según la jurisprudencia mayoritaria, requería de la concurrencia de todos los elementos que lo caracterizan. En la STS n.º 915/2005, que recogía el sentido de la

jurisprudencia anterior y que ha sido reiterada en otras posteriores, se decía que «... cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada».

Por lo tanto, es necesario que el autor, una vez que ha recibido una cantidad de dinero con una finalidad establecida por el título de recepción, proceda dolosamente a darle otra distinta con vocación definitiva, superando lo que se ha llamado el punto de no retorno, y causando de esta forma un perjuicio al titular de ese patrimonio. Esta conducta tiene así un significado apropiativo equivalente al de la apropiación clásica de cosas muebles y distinta de las conductas de mero uso perjudicial, características de la administración desleal recogida en el artículo 295 del C Penal aunque exclusivamente para el ámbito societario.

Cuando se trata de cantidades entregadas de forma anticipada por los compradores para la construcción de las viviendas que adquieren, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que si se emplean en otras finalidades distintas a la construcción de esas viviendas y con ello se causa un perjuicio, los hechos constituirían un delito de apropiación indebida. Dejando a un lado problemas probatorios, lo que importa es si se declara probado que el autor ha recibido el dinero para emplearlo en la construcción, y que no lo ha destinado a esa finalidad, sin que importe cuál ha sido la utilización concreta del mismo. Pues resulta, a estos efectos, indiferente si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa. La finalidad exclusiva de esas cantidades era la construcción de las viviendas de los compradores, y cualquier otro destino dado a las cantidades recibidas implica una distracción de las mismas.

Sin embargo, no puede considerarse constitutivo de un delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las previsiones de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, si el dinero recibido se ha utilizado en la construcción, es decir, en la finalidad para la que se recibió. Así lo acordó esta Sala en Pleno no jurisdiccional de fecha 23 de mayo de 2017.

(STS 406/2017, de 5 junio)

ARTÍCULOS 260 Y 290 CP

Insolvencias punibles. Delito societario: Caso Afinsa. Contratos de compraventa de sellos a un precio muy superior al valor que pudieran alcanzar en el mercado. Se aseguraba al cliente la posibilidad de

recomprar los mismos sellos al menos al mismo precio y una revalorización determinada, que era independiente de la que los sellos concretos experimentarían en el mercado

(...) En la redacción original del CP de 1995, el artículo 260 preveía una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, para el que fuera declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. La LO 15/2003, en coherencia con la Ley Concursal, modificó este precepto para referirse solamente a quien fuera declarado en concurso. Era necesario, pues, desde el 1 de setiembre de 2004, fecha de entrada en vigor, que existiera una declaración de concurso y que la insolvencia hubiera sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actuara en su nombre.

(...) En cuanto a la aplicación de la legislación vigente, el CP dispone que será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de ocho a veinticuatro meses el que encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las conductas que describe en los siguientes números, de los que el 6.º, 8.º y 9.º tienen interés respecto de los hechos probados, y que, como dice la sentencia de instancia, consisten en «cometer irregularidades en la llevanza de la contabilidad que fueran relevantes para comprensión de su situación patrimonial, formular las cuentas vulnerando la normativa contable de forma que se dificulte o imposibilite la valoración de la situación económica del deudor», y en el número noveno, en realizar cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial. Finalmente, en el número 2 de ese artículo se dispone que la misma pena se impondrá a quien mediante alguna de las conductas del apartado anterior, cause su situación de insolvencia.

De los hechos resulta sin dificultad que la conducta de los acusados es subsumible en los tres números indicados, dada la forma en la que formulaban las cuentas ocultando su situación económica y, especialmente, la ocultación de su actividad empresarial real mediante la celebración de contratos redactados de tal forma que hacían muy dificultoso conocer el verdadero significado del negocio, pues se disimulaba bajo la apariencia de operaciones mercantiles de compraventa de sellos.

(...) El artículo 290 CP sanciona a los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero. La jurisprudencia ha resaltado la especial importancia de las falsedades que pudieran cometerse en las cuentas anuales cuando, como exige el tipo delictivo, son idóneas para causar daños a terceros, incluidos los socios, en la medida en la dan lugar a una impresión errónea acerca del estado económico de la sociedad, con el consiguiente perjuicio derivado de la posible adopción de decisiones basadas en una información mendaz, (STS n.º 211/2014, de 18 de marzo). Las cuentas anuales son aquellas que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del artículo 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al

Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11). (STS n.º 822/2015, de 14 de diciembre). En cuanto al núcleo de la conducta, se señala en esta misma sentencia, con cita de la STS n.º 655/2010, que «falsear» en el sentido del artículo 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (artículo s 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

(...) La prohibición del *bis in idem* impide castigar dos veces la misma conducta. En los casos en los que la protección del mismo bien jurídico aparezca en dos preceptos penales distintos, el concurso aparente de normas habrá de resolverse con aplicación del artículo 8 CP, y no recurriendo a los preceptos relativos al concurso de delitos. Como ha señalado la jurisprudencia, (STS n.º 440/2012, de 25 de mayo, citada por el recurrente), cuando se trata de estafa e insolvencia, la utilización en beneficio propio o ajeno del beneficio obtenido del delito de estafa, y su consiguiente desaparición del patrimonio del autor, constituye la fase de agotamiento del delito, y no puede ser valorada a los efectos de una nueva sanción penal por insolvencia, de acuerdo con el anterior artículo 260 CP.

Aunque en algunos casos sea suficiente el planteamiento anterior, dada la naturaleza de los hechos, en otros es necesario examinar con más detalle la cuestión. Como se señala más arriba, para aplicar el artículo 8 CP es preciso establecer que los preceptos en aparente concurrencia protegen el mismo bien jurídico. La jurisprudencia ha entendido que el bien jurídico protegido por el delito de insolvencia se orienta hacia la tutela del patrimonio de la víctima, viniendo a representar un reforzamiento de la responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 Código Civil. Puede identificarse, pues, con el bien jurídico protegido en el delito de estafa. Pero, además de la protección que se pretende del derecho personal de crédito, se aprecia la concurrencia con un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico adecuado a una economía de mercado libre (STS n.º 771/2006, de 17 de julio). En este sentido, el bien jurídico protegido aparecerá de forma más intensa y, por lo tanto, con mayor necesidad de protección, en algunos casos, especialmente cuando se trata de empresas de gran tamaño, en que el perjuicio no solo afectará a una gran cantidad de acreedores, con créditos importantes, sino también a un alto número de trabajadores y proveedores, e incluso al sector de la economía en el que desarrollara su actividad, ya que, junto a la conducta estrictamente típica del delito de estafa, aparecen otras actividades ajenas a la conducta delictiva, como contrataciones con terceros, o relaciones económicas o laborales, que por sus características resultan suficientemente relevantes. En esos casos, no es posible identificar íntegramente los bienes jurídicos protegidos por los delitos de estafa e insolvencia, por lo que no puede acudirse al artículo 8 CP, sino que deben aplicarse las reglas que regulan el concurso de delitos.

2. En el caso, aunque pudiera haber sido posible, en la narración fáctica no se precisa de forma suficiente una conducta, relacionada pero independiente de la que

constituye el delito de estafa, que hubiera causado la situación económica de la compañía, dando lugar al delito de insolvencia, por lo que, cumpliéndose, como se ha dicho, con las exigencias típicas de este último, es necesario concluir que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal, en el que un solo hecho constituye dos o más delitos, que debe resolverse, desde la perspectiva punitiva y de acuerdo con el criterio mantenido en la sentencia impugnada, mediante la imposición de la pena prevista para la infracción más grave, en su mitad superior. Siendo ésta el delito de estafa, la pena quedaría comprendida entre 7 años, 6 meses y 1 día y 9 años de prisión y multa de 15 meses y 1 día a 18 meses, que resulta inferior a la que el Tribunal ha considerado procedente penando separadamente ambos delitos, como se desprende de la sentencia.

3. En cuanto a la concurrencia de la estafa y la insolvencia con el delito de falsedad de las cuentas, en la sentencia se señala que las inexactitudes de las cuentas anuales no aparecen necesariamente vinculadas al engaño escenificado frente a los clientes, «quienes no consultaban los estados de cuentas antes de confiar su dinero y controlar la inversión en filatelia, pues se fiaban por la imagen de solvencia y rigor empresarial de Afinsa».

Sin embargo, la valoración de la aportación de los acusados al formular las cuentas anuales en la forma en la que lo hacían, conduce a admitir que constituían un elemento esencial para que la actividad de AFINSA pudiera mantenerse en el tiempo, prolongando así su defraudación, ya que de no aparecer como una entidad solvente, o dicho de otra forma, de resultar de las cuentas anuales su situación de permanente y creciente insolvencia, no habría sido posible que continuara su actividad durante el tiempo en el que la llevó a cabo.

Por lo tanto, es posible apreciar un concurso medial, al entender que la falsedad de las cuentas era, en el caso, medio necesario para cometer el delito de estafa. Según la regulación del CP en la fecha de comisión de los hechos, la pena a imponer sería la del delito de mayor gravedad en su mitad superior. En el caso, quedaría comprendida entre 8 años, 3 meses y 1 día y 9 años de prisión, así como multa de 16 meses y 16 días a 18 meses.

(...) El artículo 290 CP sanciona a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio a la misma, a los socios o a un tercero. Sin perjuicio de lo ya dicho en el FJ 7.1 de esta sentencia, según el artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria. El artículo 172 de la Ley de Sociedades Anónimas, (LSA) en vigor al tiempo de los hechos, disponía que las cuentas anuales comprenderán el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, y añadía en su apartado 2, que esos documentos deberían ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la Sociedad, de conformidad con esta Ley y con lo previsto en el Código de Comercio.

El artículo 171 de la LSA atribuía a los administradores la obligación de formular las cuentas anuales.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores, el artículo 133 de la LSA disponía que los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, responderán solidariamente, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o conociéndola hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron

expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general. Lo que concuerda con el artículo 237 de la LSC. Aunque esa disposición no es trasladable miméticamente al ámbito penal, esta Sala (STS 234/2010, de 11 de marzo) ha entendido que la responsabilidad de los miembros del Consejo de administración no se extiende a los hechos delictivos cometidos por otros cuando no conozcan su existencia o cuando no hubieran incumplido su obligación de vigilar una concreta conducta de los terceros autores materiales del delito. Además, es exigible la posibilidad de actuar y la eficacia de la acción impeditiva en un hipotético curso causal.

(STS 749/2017, de 21 noviembre)

ARTÍCULO 311.1 CP

Delitos contra los derechos de los trabajadores: imponer a los trabajadores condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos. Requisitos

(...) Aquí apreciamos una patente privación impuesta de un derecho básico y elemental de todo trabajador: el descanso semanal. No es una mera cuestión económica. Y acceder a esa imposición abiertamente contraria a la ley solo se entiende desde la vulnerabilidad de los trabajadores: no se trata sencillamente de personas en situación de desempleo, sino de inmigrantes marroquíes que realizaban la actividad de pastoreo, que carecían de arraigo, desconocedores del idioma y de otras relaciones en las que ampararse para subsistir y con un bajo nivel cultural. Eso es un caldo de cultivo apto para una sutil presión que cancela derechos laborales prevaliéndose de esa vulnerabilidad. La situación está descrita en la sentencia. Es muestra significativa de ese estado de presión el incidente que surge cuando se reivindica en concreto uno de esos derechos, tras años de acatar resignada y sumisamente esos excesos.

El elemento subjetivo fluye del hecho probado. No es necesario subrayar de modo expreso que esos extremos eran conocidos en detalle por los recurrentes. Basta con un conocimiento genérico de esa condición y la voluntad, aunque sea expresada a través de fórmulas reconducibles al dolo eventual, de beneficiarse económicamente de esas condiciones perjudiciales para los trabajadores que se ven compelidos a aceptar, so pena de quedarse sin trabajo, sin ingresos y en un país que no es el suyo y en el que no cuentan con otros apoyos. La incidencia con motivo de la reclamación por el descanso el día de Navidad es también elocuente a este respecto (vertiente subjetiva).

Vale como punto de referencia legal para interpretar la situación de necesidad la noción legal recogida en sede del delito de trata de seres humanos a que alude el voto particular en argumento que hace suyo el recurso y que ya se enunciaba en alguno de los precedentes citados: «Existe una situación de necesidad... cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Pero de esa definición hay que destacar el inciso real o aceptable». En abstracto siempre existirá otra alternativa: negarse al abuso, denunciar, resistir, oponerse, rechazar las condiciones... Pero se trata de valorar en concreto si podía exigirse razonablemente a la víctima seguir un camino distinto a la aceptación resignada de las injustas condiciones que se le imponen. Por tanto no basta con señalar posibles alternativas si estas *in*

casu no resultaban viables, atendidas las circunstancias de los hechos y de la víctima. Por supuesto que finalmente se han sacudido esas imposiciones. A ello ha contribuido la denuncia de los hechos. Pero eso no acaba sanando y legalizando toda la situación anterior. La actividad delictiva comienza y se consume (delito de resultado cortado) ya en el momento en que se imponen esas condiciones, sin que la progresiva atenuación de esa «situación de necesidad» como consecuencia de una evolución de la situación económica y de un mayor arraigo y la creciente capacidad –finalmente demostrada– de rebelarse ante las injustas condiciones borre el carácter penal de los hechos perpetuados en el tiempo. Se hace necesaria una evaluación *ex ante*, atendiendo no a la situación final –cuando denuncian finalmente los hechos–, sino a los momentos iniciales y las fases más lejanas en el tiempo.

Esta idea desbarata buena parte de la argumentación del motivo.

El conocimiento de esa inicial condición precaria de los trabajadores, y de la ilegitimidad de la ausencia de descanso y el aprovechamiento de ello para obtener un rendimiento mayor, conforma el dolo exigido por el tipo del artículo 311 CP. No es necesaria ninguna afirmación especial al respecto.

(STS 639/2017, de 28 septiembre)

ARTÍCULOS 379 Y 383 CP

Delitos contra la seguridad vial: conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: delito de peligro abstracto: la conducción con tasa superior a la legalmente prevista no se requiere acreditar una afectación real, ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial; interpretación del verbo conducir: el desplazamiento de pocos metros pilotando el vehículo es suficiente. Concurso de leyes: inexistencia: condena conjunta por el delito de conducción bajo los efectos del alcohol y delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia: concurso real al tratarse de dos bienes jurídicos tutelados

(...) podemos distinguir dos etapas en la regulación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: una primera en la que se castigaba exclusivamente la conducción bajo el efecto de alcohol u otras drogas tóxicas, y una segunda partir de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que introdujo un tipo de carácter objetivo que presume la influencia en las facultades del sujeto en los supuestos en que el conductor supere determinada tasa de alcohol en aire o en sangre.

En el marco normativo de la primera de las etapas perfiladas, el Tribunal Constitucional, en STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero, señaló que «el delito contenido en el artículo 379 no constituye una infracción meramente formal, como sí lo es la que tipifica el artículo 12.1 del Real Decreto 339/1990 (Ley sobre Tráfico), pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, consecuencia de ello, a la seguridad del tráfico que es el bien jurídico protegido por dicho delito».

Según esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras, en STS 1/2002, de 22 de marzo, que «para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (STS de 9 de diciembre de 1.999). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del artículo 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (SSTS de 19 de mayo de 1982, 7 de julio de 1989 y 5 de marzo de 1992, entre otras)».

De igual modo, la jurisprudencia fijó los requisitos necesarios tendentes a distinguir la infracción penal de la administrativa al señalar, entre otras, en STS 867/2006, de 15 de septiembre, que «es un criterio jurisprudencial y forense consolidado, que la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, cuando se trata de conducción bajo ingesta alcohólica, radicaba entre otros aspectos, en el carácter meramente formal de la norma administrativa de superar una determinada ingesta alcohólica mediante las oportunas periciales, en tanto que el ilícito penal supera esa trasgresión formal para exigir la acreditación de un peligro real para la seguridad del tráfico, esto es, la influencia en las facultades psicofísicas necesarias para la conducción poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos en la norma».

Finalmente y en relación con esta primera etapa, la STS 636/2002, de 15 de abril, señaló que «dos son los elementos que caracterizan el tipo delictivo regulado en el artículo 379 del Código penal: Uno, objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción. Ahora bien, tal influencia no tiene por qué exteriorizarse en una flagrante infracción de las normas de tráfico visible e inmediata (delito de peligro concreto), apreciada por el agente actuante, o en la producción de un resultado lesivo, sino basta el delito de peligro in abstracto, practicándose la correspondiente prueba de detección alcohólica, y apreciándose por los agentes los signos externos de donde puede deducirse después (mediante prueba indirecta) ese grado de influencia en la conducción. En este sentido, la jurisprudencia señala que no basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción (STS 5/1989, de 15 de enero), no siendo necesario un peligro concreto (Sentencia de 2 de mayo de 1981), sino únicamente que la «conducción» estuvo «influciada por el alcohol» (Sentencias de 6 de abril de 1989 y 14 de julio de 1993, entre otras muchas posteriores)».

La naturaleza objetiva del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP tras la reforma del 2007 fue reconocida *obiter dictum* en la STS 706/2012, de 24 de septiembre, y en un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, señaló «que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del artículo 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0.60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del artículo 379, si se demuestra la repercusión en la conducción.

Por su parte, la STS (Pleno) 436/2017, de 15 de junio, ha establecido que el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tiene, desde la reforma de 2007, una «tipicidad desdoblada». Al respecto indica:

«a) De una parte, subsiste la modalidad clásica que ha sido objeto de numerosas acotaciones y acercamientos jurisprudenciales que la conceptúan como un delito de peligro hipotético; peligro abstracto tipificado, según otra terminología.

b) A su lado se ha introducido otra descripción típica: conducción por encima de una tasa objetivada. Para algunos es éste un tipo diferenciable; para otros una simple especificación de influencia presumida basada en datos científicos y experimentales. Esta figura está más cercana a lo que es un puro delito de peligro abstracto; de peligro legalmente presumido. En esta segunda configuración queda muy diluida, si no lisa y llanamente anulada, la cierta holgura que al aplicador del derecho le proporciona la necesidad de que el alcohol tenga influencia en la acción de conducir, según venía apostillándose con un discurso característico de los delitos de peligro hipotético.

Es necesario en el tipo del artículo 379.2 inciso inicial que las bebidas alcohólicas ingeridas repercutan en la conducción. Cosa diferente es que a partir de determinadas tasas pueda afirmarse que siempre existirá esa influencia –artículo 379.2 inciso final– (es lo que en la jurisprudencia alemana se conoce como incapacidad absoluta para conducir). Aquí partimos de una conducta incluíble en el inciso final del artículo 379.2 lo que repercute sin duda, estrechándolo, en el marco de valoración del intérprete de la idoneidad en abstracto de la conducta para afectar al bien jurídico. Más margen existiría en la primera modalidad.

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

(...) El recurso plantea como de interés casacional el alcance del concepto de conductor susceptible de cubrir la tipicidad del artículo 379 CP. Los diferentes preceptos contenidos en el capítulo IV de título XVII del libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad vial» (artículos 379 a 385 ter CP) describen, prácticamente todos ellos, diferentes figuras típicas cometidas con ocasión o en relación a la realización de la actividad de «conducir» (verbo típico). No obstante, la regulación penal no ofrece una definición legal de lo que deba entenderse por «conducir».

Recientemente el Pleno de esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión que ahora se plantea en la STS 436/2017, de 15 de junio que acabamos de reproducir en algunos de sus párrafos. Y en la misma podemos leer: «El ordenamiento penal no

ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo de motor. Auxilia en esa indagación la normativa administrativa. A ella acude también el Fiscal en su fundado dictamen del que tomamos prestadas algunas de las ideas que siguen. No se aprecian razones para apartarse a estos efectos de la noción extraíble de normas extrapenales.

La interpretación combinada de varios instrumentos normativos arroja luces sobre lo que debe entenderse por conducir: Veamos:

1. 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. De él retenemos dos puntos:

1.1 Su artículo 3 señala que a los efectos de la ley y sus disposiciones complementarias, los conceptos básicos sobre vehículos, vías públicas y usuarios de las mismas son los previstos en su anexo I. En dicho anexo no se contiene una definición de «conducir», pero sí de «conductor». Es definido como «la persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo (...)».

1.2 Sus artículos 1 («Objeto»), 10 («Usuarios, conductores y titulares de vehículos») y 13 («Normas generales de conducción»), proporcionan otras referencias no desdeñables.

1.3 El capítulo II del título II (artículos 13 a 44), fija las normas de la circulación de los diferentes tipos de vehículos y usuarios. Utiliza el verbo circular para relacionar los diferentes usos que pueden darse a las diferentes vías y caminos que enuncia. Los artículos 28 y 29 contienen previsiones referidas a las maniobras de aparcar y salir del aparcamiento.

2. El Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Esta norma maneja el verbo conducir en diversos preceptos. Entre otros, su artículo 3, bajo la rúbrica «conductores», prescribe que «se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía». Los artículos 72 y 73 se refieren a la acción de aparcar.

3. El Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Su objeto viene constituido por la regulación de la enseñanza de la actividad de conducción. Hace referencia a acciones incardinables en ella, (artículos 41, 42 y 43) y regula de manera extensa y pormenorizada las diferentes pruebas y maniobras que deben realizarse para la obtención de las autorizaciones administrativas para conducir vehículos de motor.

Con ese entorno normativo como telón de fondo podemos afirmar que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir», es «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta). Y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el

vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTs de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico.

La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de «conducir», (STS de 15 de octubre de 1986). En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: «conducir: 1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio».

La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. (...)

(...) El artículo 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas».

(...) En segundo lugar plantea el recurso la vulneración del principio *non bis in ídem* al haber sido condenado el acusado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y también por el de negativas a realizar la prueba de alcoholemia.

Es cuestión respecto a la que se mantenían por parte de las Audiencias Provinciales posiciones encontradas, fue tratada por el Pleno de esta Sala, cuya doctrina unificada condensó la STS 419/2017 de 8 de junio, que a continuación reproducimos:

«(...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concorra un supuesto de *bis in ídem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión «unos mismos hechos», considera que se da este supuesto en los casos que concorra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010).

En el caso que se juzga es claro que el sujeto activo del delito es el mismo para ambas infracciones penales, concurriendo así la identidad de sujeto activo.

En cambio, no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la identidad de hecho, toda vez que en el delito del artículo 379.2 del Código Penal la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de bebidas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con el índice de alcoholemia que se establece en el segundo inciso del apartado 2 del precepto. En cambio, la conducta prevista en el artículo 383 del Código Penal consiste en conducir un vehículo de motor y negarse, una vez requerido por un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas previstas en los preceptos precedentes.

A este respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero, se argumenta que la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos

infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el artículo 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el artículo 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye pues la vulneración del principio *non bis in idem*.

Por lo cual, el supuesto de un *bis in idem* quedaría ya descartado al no concurrir una de las tres identidades que exige reiterada jurisprudencia de la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, todavía cabría cuestionar la aplicación del concurso real de delitos en el caso de que el bien jurídico tutelado por ambos preceptos (artículos 379.2 y 383 del Código Penal) fuera el mismo. En tal caso, aunque no se incurriera en un *bis in idem* por no tratarse de la misma conducta en ambas acciones, sí cabría plantearse la posibilidad de que se vulnerara el principio de proporcionalidad de las penas, que se encuentra vinculado con el *non bis in idem* y también comprendido, entre otros preceptos, en el artículo 25.1 de la CE.

3. En la Sentencia de Pleno 210/2017 de 26 de marzo, al responder al interrogante de cuál es el bien jurídico que tutela el artículo 383 del Código Penal, se argumenta que desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. Y añade después la precitada sentencia que el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia, aunque de forma indirecta se protege la seguridad vial. El artículo 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del artículo 556, pero no deja de ser una modalidad singularizada.

Matiza la Sentencia 210/2017 de 26 de marzo que en todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estará afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.

Mediante el delito del artículo 383 –añade la cita jurisprudencial– el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivos. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Sólo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad.

4. En la STC 161/1997, de 2 de octubre (fund. juríd. 10), se argumenta que «como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe –«delitos contra la seguridad del tráfico»–, de la caracterización como «conductor» de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar –

conducción de un vehículo a motor— no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del artículo 380 CP. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva, según la jurisprudencia constitucional, a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar —la seguridad que se trata de proteger— lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (artículo 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma».

A estos bienes jurídicos añade también el Tribunal Constitucional los bienes tutelados en el delito de desobediencia grave: el «orden público», tal como indica el título en el que se ubica el delito, entendido como orden jurídico o como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Y como segunda finalidad protectora propia y específica del tipo penal de desobediencia: la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública —también llamado, señala el TC, principio de autoridad—.

Por consiguiente, según el criterio del Tribunal Constitucional, son dos los bienes jurídicos tutelados por el artículo 380 del Código Penal (actual 383), y no uno solo, como se reseña en la sentencia impugnada, circunstancia que impide estimar que nos hallemos ante un *bis in ídem*, quedando así excluido, en principio, el concurso de normas.

5. El delito previsto en el artículo 379.2 del Código Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad *ex ante* de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

El tipo penal del artículo 379 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva *ex ante*, que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole.

Y en lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar. (...)

6. En lo que se refiere al delito de desobediencia específica del artículo 383 del Código Penal, se consume por el hecho de negarse a someterse a las pruebas de tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas reseñadas en los preceptos precedentes.

El legislador ha enfatizado la relevancia que tiene la pericia de alcoholemia para averiguar y acreditar probatoriamente el delito contra la seguridad del tráfico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ha querido reforzar las posibilidades de su punición obligando a los conductores a realizar la pericia mediante la amenaza disuasoria de la imposición de una pena. Se ha considerado que sin la práctica de esa pericia era difícil garantizar la aplicación del tipo penal del artículo 379.2

y que, ante la eventualidad de que no se aplicara el delito de desobediencia específica era muy plausible que disminuyera la protección de los bienes jurídicos que ampara el referido precepto: el bien inmediato supraindividual de la seguridad del tráfico y los bienes más mediatos, pero de una mayor tangibilidad y enjundia, consistentes en la vida y la salud (física y psíquica) de los ciudadanos.

El precepto cumple una importante función de prevención general negativa o disuasoria en cuanto que el conductor que pilota un vehículo evita no consumir alcohol ni otras drogas al ver bloqueadas sus posibilidades de evitar el castigo penal negándose a practicar las pruebas periciales que prevé el artículo 383 del Código Penal. Por lo cual, el precepto previene anticipadamente que los conductores ingieran esas sustancias antes de ponerse al mando de un vehículo. La imperatividad de la prueba pericial y el refuerzo que supone para la averiguación del delito cumple así una importante función disuasoria orientada a evitar que la acción principal de peligro abstracto se produzca.

A esa función preventiva general de la norma se le suma la eficacia que se obtiene en la persecución del delito una vez que el hecho que integra el tipo penal del artículo 379.2 se consuma. Máxime si se pondera que la relevancia de esa prueba pericial se ha incrementado sustancialmente con la tipificación establecida en segundo inciso del apartado 2 del precepto: «En todo caso será condenado con dichas penas (las previstas en el apartado anterior) el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro».

Se ha cuestionado doctrinal y jurisprudencialmente la aplicación conjunta de ambos preceptos al entender que el tipo penal del artículo 383 del Código Penal presenta un carácter meramente formal que vulnera el principio de ofensividad o lesividad, al no concurrir un bien jurídico realmente afectado o vulnerado distinto a los bienes ya contemplados en el artículo 379 del mismo texto legal. Por lo cual, en el caso de que se aplicara este último precepto ya no cabría apreciar conjuntamente el delito de desobediencia. Sin embargo, a pesar de la dosis de razonabilidad que esa opción presenta, ello no tiene por qué ser necesariamente así.

En primer lugar, porque, tal como se ha expuesto *supra*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el delito de desobediencia tutela la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública –también llamado, señala el TC, principio de autoridad–. Y ello no solo lo ha admitido con anterioridad a la reforma de 2007 (SSTC 161 y 234 de 1997), sino también parece desprenderse el mismo criterio, si bien de forma indirecta o tácita, cuando entró a contemplar la posibilidad de un concurso real entre ambos delitos con posterioridad a la referida reforma, es decir, cuando el tipo de desobediencia se ubicó como específico en el capítulo IV del título XVII del Código Penal (STC 1/2009, de 18-12).

El delito específico de desobediencia del Artículo 383 del Código Penal ha sido conceptualizado por un sector doctrinal como un delito obstáculo, que son aquellos fenómenos de criminalización anticipada mediante los que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico e incluso con anterioridad a que se genere un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico. Son por lo tanto delitos que se configuran como auténticos obstáculos que tienen como función impedir que lleguen a producirse los actos delictivos futuros que se tipifican en otros preceptos. En ellos el principio de ofensividad cede ante la necesidad de prevención general y se presentan como tipos penales formales o de mera desobediencia mediante los que se anticipa, si bien en algunos casos de forma muy cuestionable, la barrera defensiva que supone la aplicación de toda norma penal.

En el caso del artículo 383 del Código Penal el legislador ha entendido que era precisa la implantación de un delito específico de desobediencia con el fin de que no quedara desactivada o debilitada de forma sustancial la eficacia de otro tipo penal que ya de por sí es un delito de peligro abstracto, cual es el contemplado en el artículo 379.2 del Código Penal. El legislador ha sopesado que, de no reforzar con una amenaza penal la obligación de someterse a la pericia de alcoholemia, los conductores se negarían a realizarla y los bienes jurídicos que tutela el precepto principal se verían desprotegidos.

El carácter meramente instrumental y formal del tipo penal recogido en el artículo 383 y, además, su condición de precepto que a su vez tiene como fin garantizar y reforzar la aplicación de un tipo penal de peligro abstracto, así como la cuantía de la pena (superior a la del artículo 379.2), son los factores que generan cierta reservas o recelos a su aplicación, dado el vínculo lejano que muestra con respecto a los bienes jurídicos materiales que de una forma muy mediata pretende tutelar (la vida y la salud de las personas).

Pues, en efecto, si el delito del artículo 379.2 del Código Penal es un delito de peligro abstracto que protege directamente la seguridad vial e indirectamente los bienes jurídicos de la vida y la salud, el delito del artículo 383 cumple una función aún más indirecta o mediata, en cuanto que anticipa todavía más en el tiempo y de forma más mediata la tutela los bienes personales materiales a los que se orientan los delitos previstos en el capítulo IV del título VII del Código Penal.

Así las cosas, puede decirse que el componente de ofensividad material del delito para los bienes personales principales es precario, como suele suceder con otros tipos penales que amparan directamente bienes jurídicos supraindividuales e institucionales. Ello no impide que cumpla desde esa perspectiva una función de cierta relevancia, tanto desde la perspectiva de la prevención general como de la eficacia de la aplicación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La función del artículo 383 todavía alcanza un mayor realce tras la introducción mediante la reforma legal de 2007 del tipo de conducción etílica que se cumplimenta por el mero acto de conducir un vehículo de motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas por encima de ciertas tasas legales, que se especifican en el nuevo inciso segundo del artículo 379.2. A partir de esa reforma resulta imprescindible la práctica de la pericia de alcoholemia para constatar el elemento típico nuclear consistente en la tasa de alcoholemia. De modo que en el caso de que no operara el tipo penal del artículo 383 la eficacia preventiva del nuevo supuesto todavía quedaría más debilitada que en los casos previstos en el primer inciso del artículo 379.2 (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin necesidad de que conste la tasa de alcoholemia).

Por lo demás, tampoco puede cuestionarse que el procurar que la autoridad y sus agentes ejerzan las funciones que les encomienda la sociedad en unas condiciones de legítima eficacia, prohibiéndose aquellas conductas que las dificulten u obstaculicen, constituye un bien jurídico tutelable por la norma penal.

Es cierto que se da en este caso la singularidad de que el objeto de la prueba es el propio imputado, circunstancia que genera no poca renuencia y rechazo por el ciudadano que se ve implicado como imputado en unas diligencias de investigación de esa índole. Esta contingencia, sin embargo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no supone ningún obstáculo de índole procesal para aplicar la norma sancionadora, toda vez que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y tampoco a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una cola-

boración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 CE (SSTC 103/1985, 107/1985, 76/1990, 197/1995 y 161/1997, entre otras).

Con lo cual se comprueba una vez más que lo que en gran medida genera cierto rechazo o repulsa en el supuesto que nos ocupa no es que se utilice un delito formal o instrumental para garantizar el resultado probatorio de un juicio, sino más bien que ese delito sea instrumentalizado para que colabore el acusado en la obtención de su propia condena, al prohibirle una conducta omisiva que, en principio, debiera ser entendida como lo que se conoce como un autoencubrimiento impune. Sin embargo, conviene reiterar que, una vez que el Tribunal Constitucional adopta la decisión de considerar imperativa esa colaboración al no insertarla dentro del concepto de declaración o confesión del reo, se hace ya muy difícil descartar de plano la posibilidad de que se esté incurriendo en un delito de desobediencia. Y ello a pesar de las reticencias que pueda generar desde una óptica penal, sustantiva y procesal, la punición de un imputado por el mero hecho de autodefenderse adoptando un comportamiento omisivo contrario al artículo 383 del Código Penal.

Desde otra perspectiva, y dejando al margen el bien jurídico que tutela los tipos penales de desobediencia, ha de entenderse que aunque se considerara como único bien jurídico protegido la seguridad vial y, de forma indirecta, la vida y la integridad física o la salud de las personas, lo cierto es que tampoco tendría por qué hablarse necesariamente de un *bis in ídem*. Pues puede considerarse que se está atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes: una de forma más directa mediante la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y la otra impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial. A fin y al cabo, ello es lo que se hace normativamente cuando se establecen subtipos agravados que protegen el mismo bien jurídico.

7. La reforma del Código Penal por LO 15/2007 no ha conllevado una modificación sustancial del anterior artículo 380, cuyo supuesto fáctico aparece ahora regulado en el artículo 383. Se ha suprimido la referencia explícita al delito de desobediencia, tanto en lo que se refiere al nombre como en lo atinente a la remisión expresa al artículo 556 del Código Penal, pero ello no implica que se haya dejado de conceptualizar la conducta contemplada en el nuevo precepto como un delito específico de desobediencia. Tal posibilidad ha de descartarse dado que en la exposición de motivos de la nueva ley se especifica que se suprime el calificativo de delito de desobediencia por considerarlo innecesario, y no por tanto porque haya dejado de ser un delito de esa índole.

A mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de alcoholemia determinado), no cabe entender que la negativa a la práctica de la pericia de alcoholemia se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas.

Al final de todo el debate, se constata que la cuestión de fondo se centra en dirimir si el optar por un concurso real de delitos en lugar de por un concurso de normas puede vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena. Desproporción que ha sido remarcada, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, al castigar con mayor pena el delito que actúa como instrumento eficaz (artículo 383) para que opere el delito que tutela más directamente la seguridad vial (artículo 379.2), pese a lo cual este último es castigado con una pena menor.

La suma de ambas penas y su exasperación en una mayor cuantía por un tipo penal que opera como instrumento se ha considerado por importantes sectores como una respuesta desproporcionada del legislador.

Sin embargo, partiendo de la premisa incuestionable de lo complejo y difícil que resulta axiológicamente determinar cuál es la pena adecuada o proporcionada para un ilícito penal concreto, todo indica, a tenor de lo que se ha venido argumentando, que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, según se acredita mediante las cifras negras que reiteradamente publica la Dirección General de Tráfico. Tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los juicios en que se dirima una condena penal por el artículo 379.2 del Código Penal.

Fundamentos para ello no se puede negar que existan, por cuanto, al margen de las razones de prevención general, probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar, quedando así el resultado del proceso al albur de la eficacia de una prueba testifical que siempre podría diluirse en el tiempo, y que en todo caso siempre estaría sustancialmente reforzada con la pericia analítica de la tasa de alcohol que presentaba el acusado en el momento de la ejecución de los hechos. Sin olvidar la imprescindibilidad de la pericia para la condena por el segundo inciso del artículo 379.2 del Código Penal.

Por lo demás, desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el artículo 379.2 del Código Penal, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del artículo 383 del Código Penal, sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo.

Así pues, descartado que nos hallemos ante una desproporción punitiva que nos desplace desde el concurso real de delitos al concurso de normas, debe también rechazarse el segundo motivo del recurso».

(STS 794/2017, de 11 diciembre)

ARTÍCULO 384 CP

Delitos contra la seguridad vial. Conducción tras pérdida total de puntos: normativa aplicable de la Unión Europea y artículo 15 del Reglamento General de Conductores respecto permisos de conducción expedidos en Estados miembros de la Unión; no pueden detentarse dos permisos y usar el que convenga en cada momento cuando se circula por un Estado de la Unión en el que no está vigente el permiso por pérdida total de puntos; la pérdida o detracción de puntos es aplicables a todos los conductores por las infracciones que se reali-

cen en territorio nacional, sea cual fuere el país en que se hubiere expedido el correspondiente permiso o autorización

(...) El canje del permiso de conducir se regula a nivel europeo por la Directiva 91/439 del Consejo, de julio de 1991, junto a la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

En realidad, en el caso enjuiciado estamos en presencia de un fraude de ley. Al amparo de tal disposición, puede obtenerse el canje del permiso de conducción para aquellas personas que residan más de medio año en otro Estado miembro de la UE, pero lo que no puede conseguirse es contar con dos permisos de conducir, uno caducado por pérdida de puntos, y otro perteneciente a país distinto del que se conduce cuando se es sorprendido sin vigencia por pérdida de puntos.

Como dice la Audiencia, lo que no cabe es que el canje se haga en defraudación de una norma penal de este carácter de un Estado miembro, y por otro lado, supone que el que se haya obtenido el canje no puede impedir las disposiciones sancionadoras de tal manera que aquella que determina la imposición de una sanción de privación de la autorización administrativa de conducir vehículos por pérdida de puntos en uno de los Estados, pueda dejar de aplicarse. En términos similares se pronunció el Tribunal Supremo español en Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de 4 de junio de 2009.

Lo propio resulta del reglamento general de conductores, aprobado por RD 818/2009, cuyo artículo 15 establece en relación a los permisos de conducción expedidos en Estados miembros de la Unión Europea lo siguiente:

1. Los permisos de conducción expedidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea o en Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo con arreglo a la normativa comunitaria mantendrán su validez en España, en las condiciones en que hubieran sido expedidos en su lugar de origen, con la salvedad de que la edad requerida para la conducción corresponderá a la exigida para obtener el permiso español equivalente.

2. No obstante, no serán válidos para conducir en España los permisos de conducción expedidos por alguno de dichos Estados que estén restringidos, suspendidos o retirados en cualquiera de ellos o en España.

3. Tampoco serán válidos los permisos de conducción expedidos en cualquiera de esos Estados a quien hubiera sido titular de otro permiso de conducción expedido en alguno de ellos que haya sido retirado, suspendido o declarada su nulidad, lesividad o pérdida de vigencia en España.

4. El titular de un permiso de conducción expedido en uno de estos Estados que haya adquirido su residencia normal en España quedará sometido a las disposiciones españolas relativas a su período de vigencia, de control de sus aptitudes psicofísicas y de asignación de un crédito de puntos.

Cuando se trate de un permiso de conducción no sujeto a un período de vigencia determinado, su titular deberá proceder a su renovación, una vez transcurridos dos años desde que establezca su residencia normal en España, a los efectos de aplicarle los plazos de vigencia previstos en el artículo 12.

5. El titular del permiso de conducción que haya adquirido su residencia normal en España, y deba someterse a la normativa española de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, una vez superada la prueba de control de aptitudes psicofísicas, continuará en posesión de su permiso de conducción, procediéndose a la anotación en el Registro de conductores e infractores del período de vigencia que le corresponda según su edad y la clase de permiso de que sea titular.

Si del resultado de esa prueba fuera necesario imponer adaptaciones, restricciones u otras limitaciones, se procederá a su canje de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.

A su vez, el Real Decreto 1055/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, en correspondencia con la aplicación plena desde el día 19 de enero de 2015 de la Directiva 2006/126/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, y sin excepciones en ningún Estado miembro de la Unión Europea, supone la implantación efectiva de un modelo único de permiso de conducción en todos los Estados miembros, cuyas características y plazos de vigencia también han de ser armonizados de acuerdo a sus prescripciones.

De todo ello resulta, que no pueden detentarse dos permisos, y usar el que convenga en cada momento, sobre todo cuando se circula por un Estado cuyas autoridades impiden tal conducción como consecuencia de las infracciones cometidas, que acarrearán la caducidad de su vigencia por pérdida total de puntos.

Quinto. Debe recordarse que lo que se imputa al acusado no es conducir sin permiso, situación en la que la titularidad del permiso portugués haría la conducta atípica, sino que se le acusa de conducir en España cuando media resolución firme de pérdida de vigencia del permiso de conducción, conducta típica que concurre en el caso que nos ocupa (véanse, entre otras sentencias correspondientes a la doctrina de la AAPP, las siguientes: SAP Segovia 31 de enero de 2014, y SAP Tarragona del 7 de Noviembre del 2013).

En suma, no puede pretenderse por el hecho de detentar el referido permiso portugués mediante canje, al ser residente en el extranjero, ser de mejor condición que el resto de ciudadanos nacionales que tienen únicamente el permiso de conducir español; si pierde, como perdió, la vigencia del permiso de conducir en España no puede su conducta quedar impune, máxime teniendo en cuenta que el acusado conocía perfectamente cómo funciona el sistema de pérdida de vigencia, al habersele retirado en dos ocasiones anteriores, y en esta tercera sencillamente se adelantó a la resolución de la Jefatura de Tráfico.

Finalmente, por lo que respecta al conocimiento del acusado de la pérdida de vigencia y de las consecuencias de la misma, consta en autos que recibió personalmente tanto la comunicación de inicio del expediente, el 26 de noviembre de 2015, como la resolución del mismo, el día 12 de enero de 2016, resolución que conforme al certificado aportado por el Ministerio Fiscal al inicio de la vista no fue recurrida, y que explica con nitidez las consecuencias de conducir tras la pérdida de la vigencia.

Sexto. Las Audiencias Provinciales, salvo la de Toledo, se han pronunciado en este mismo sentido. Y por ejemplo, en un supuesto muy similar al que nos ocupa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, la número 116/2015, de 7 de abril, señala que «no afecta a la cuestión el hecho de que el canje del permiso español se hubiera efectuado con anterioridad a la resolución administrativa por la que se acuerda la pérdida de vigencia del mismo, pues lo que la norma sanciona es la falta de validez del otro permiso cuando se de tal circunstancia, al margen del momento en que haya producido la misma». En ningún caso por lo tanto el permiso sería válido, con independencia de la fecha de canje, sin perjuicio de que en el supuesto que nos ocupa puede entenderse que el cambio se realizó con la finalidad de eludir las consecuencias de la pérdida de vigencia. En los propios términos, se ha pronunciado también la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 21 de diciembre de 2011, en un supuesto similar, así como la SAP Navarra, Sección primera, 203/2014 de 15 de julio de 2014, y SAP Pontevedra de 26 de febrero de 2014.

En estos términos, entre otras SSAP 55/2012 Zamora de 5 de octubre, 57/2013 Lugo de 12 de marzo, 9/2014 de Segovia de 31 de enero, 560/2014 Vigo de 21 de noviembre, 115/2015 Pontevedra de 21 de mayo, 79/2016 Orense de 9 de marzo, 110/2016 Tarragona de 21 de marzo, 381/2016 A Coruña de 11 de mayo, 258/2016 Madrid de 20 de mayo, 494/2012 Pontevedra de 5 de junio, 416/2016 Vigo de 1 de septiembre, 113/2016 Logroño de 30 de septiembre y 241/2016 Pamplona de 22 de noviembre. En ellas y otras muchas se recoge la doctrina antes reseñada, siendo mayoritarias las referidas a los canjes fraudulentos de permisos de conducir portugueses. Las mismas consideraciones se realizan en la jurisdicción contencioso administrativa y así en la reciente STSJ 802/2016 Sala de lo Contencioso de Valladolid de 24 de mayo se cita la STJUE antes mencionada de 23-4-2015.

Séptimo. La infracción penal consistente en la conducción de vehículo de motor o ciclomotor «... en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de puntos...» contiene un elemento normativo del tipo que exige la remisión en su integridad al régimen jurídico-administrativo de pérdida de vigencia por pérdida de puntos de los artículos 61.3, 63–65 y Anexo II del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre y artículos 12.5, 14.2, 35 y 37–40 del Reglamento de Conductores aprobado por RD 818/2009 de 8 de mayo. En concreto y cuando se trata de permisos de conducir expedidos por otros países, a los artículos 15-20 de este último, sobre los que razonan con corrección las sentencias del Juzgado y de la Audiencia.

De conformidad con el Art 8.1 CC, art 2 LSV («los preceptos de esta ley son aplicables en todo el territorio nacional») y el art 11.2 de la Directiva 206(sic)/126 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20-12-2006, el principio de territorialidad rige respecto de las infracciones, no solo penales sino administrativas relacionadas con el tráfico viario. En el mismo sentido la anterior Directiva 91/439/CEE del Consejo de 29-7-1981(sic). Además de la claridad de las normas de derecho interno, es antigua y consolidada en este sentido la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la UE (entre otras muchas la sentencia Weber C-107, EU. 2008:640 apartado 38) y por todo ello las normas citadas deben interpretarse desde esta perspectiva. La pérdida de vigencia por pérdida de puntos, de conformidad con la STS de la Sala Tercera, Sección Quinta de 4-6-2009 (Rec. 5[sic]/2006), no solo obedece a infracciones de la legislación de tráfico sino que tiene naturaleza sancionadora, por lo que entra de lleno en estas previsiones.

En definitiva, los comportamientos infractores del Anexo II de la LSV y la consiguiente pérdida o detracción de puntos son aplicables a todos los conductores que los realicen en territorio nacional sea cual fuere el país en que se hubiere expedido el correspondiente permiso o autorización. Así lo entiende la Instrucción 10/S-119 de 8-6-2010 de la DGT que permite la inscripción, previa constancia de los datos identificativos del conductor en los obligados términos del art 87.4 LSV, en el Registro de Conductores e Infractores del art 76 del Reglamento de Conductores, con fundado apoyo en el FJ 3 de la STS de la Sala 3.^a antes comentada. La pérdida de vigencia afecta solo y consecuentemente a la imposibilidad legal de conducir en territorio nacional para el infractor, con lo que se evita no solo la impunidad sino también la discriminación con los nacionales y se favorece el llamado espacio europeo de seguridad vial en el que avanza la Directiva UE de persecución transfronteriza de infracciones de tráfico 2015/413, de 11 de marzo.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, podría entenderse en una primera y superficial lectura de los artículos 15.4, 16 y 19 Reglamento de Conductores que solo los titulares de permisos de conducción expedidos por los Estados Miembros o Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que hubieran adqui-

rido su residencia normal en España tienen acceso a las anotaciones en el Registro (art 16) y solo a ellos por la vía del canje de oficio les es de aplicación el régimen de pérdida de vigencia por pérdida de puntos [art 19.1.b)], pero esta interpretación olvida el texto del art 15.3: «Tampoco serán válidos los permisos de conducción expedidos en cualquiera de esos Estados a quien hubiera sido titular de otro permiso de conducción expedido en alguno de ellos que haya sido retirado, suspendido o declarada su nulidad, lesividad o pérdida de vigencia en España», del que se deduce con claridad la aplicación de esta última al margen del requisito de la residencia en nuestro país.

Véase también la STUE, de 23-4-2015 de su Sala quinta, Sevda Aykul C-260/13 en resolución de cuestión prejudicial, ha afirmado que el art 11.4, párrafo 2, de la Directiva no solamente es aplicable a los casos en que la infracción y sus consecuencias sea anterior a la obtención del permiso de conducir en el Estado Miembro correspondiente.

Al no residir el recurrente en Portugal, sino en España, según los datos fácticos de la sentencia de primer grado, podría denegarse el reconocimiento del permiso canjeado, pues en tales casos la Sentencia del TJUE 467/2010, de 1 de marzo, permite denegar el reconocimiento del permiso de conducción si se acredita que el titular no cumplía el requisito de referido de residir en él.

Octavo. Debe estudiarse ahora si el delito de conducción con suspensión temporal de su caducidad de la vigencia por pérdida de puntos, debe considerarse un delito de simple actividad o de resultado, esto es, si requiere la puesta en peligro de modo concreto del bien jurídico protegido, que lo es la seguridad vial, o es suficiente con la puesta en peligro «*in abstracto*».

El recurso interpuesto defiende que la conducta enjuiciada es atípica al estar desprovista de peligrosidad para la seguridad vial puesto que, más allá de la conducción con pérdida de licencia, no hubo ningún elemento adicional como conducción anómala, ni accidente, ni alcoholemia. Se cita en apoyo de esta tesis el Acuerdo No Jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de enero de 2013, plasmado en diversas sentencias absolutorias de esta Audiencia Provincial entre las que cita la de 8 de febrero de 2013, 9 y 17 de marzo de 2016, 6 de abril de 2016 y 7 de julio de 2016. Afirma que este mismo criterio es seguido también por la Audiencia Provincial de Tarragona en sentencias de su Sección 2.^a, de 12 de enero y 21 de marzo de 2016.

El Acuerdo de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de enero de 2013 establece que «En el delito contra la seguridad en el tráfico (sic) del artículo 384 del Código Penal, se ha de ponderar, en cada caso concreto, si se ha lesionado el bien jurídico protegido».

Se basa tal Acuerdo en que es preciso diferenciar la conducción sin permiso o con permiso sin vigencia por pérdida de los puntos asignados del artículo 384 de la correlativa infracción administrativa prevista en el artículo 65.5. K) del Real Decreto Legislativo 339/90, de 2 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico [hoy artículo 77.k) del texto refundido de 30 de octubre de 2015] para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*.

La Circular 10/2011 del FGE considera que basta el consciente conocimiento de la conducción típica, sin que deba añadirse elemento adicional alguno. La Audiencia Provincial de Toledo introduce un resultado de peligro ajeno.

Este Tribunal Supremo, en Sentencia de Pleno, ya ha declarado que el artículo 384 del Código Penal no contiene ese elemento adicional de puesta en peligro «*in concreto*» de la seguridad vial, al ser un tipo de peligro abstracto.

En efecto, la STS 369/2017, de 22 de mayo, de Pleno, de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, referida a otra modalidad de las conductas típicas del artículo 384 del Código Penal, pero de idéntico fundamento penológico, declara que no requiere,

por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción. Aquí, ocurre lo propio. La pérdida de puntos del permiso de conducción por las sanciones recibidas, es indicativo de que se carece de las características adecuadas para conducir un vehículo en tanto que el conductor desprecia las normas de circulación legalmente dispuestas para ello, y tal desprecio ha puesto reiteradamente en peligro el bien jurídico protegido, optando el legislador por definir este tipo legal que suprime la vigencia de su permiso de circulación, obtenido regularmente en su día.

Por ello, el Ministerio Fiscal, cita a tal efecto, con todo acierto, con respecto al delito de conducción con pérdida de vigencia como consecuencia de la pérdida de puntos –artículo 384.1-, la Sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo 480/2012, de 28 de junio, reproduciendo lo argumentado en Auto de 7 de diciembre de 2011 de esta misma Sala, por el que autoriza la interposición del recurso de revisión, declarando esta Sala Casacional que no se trata de un delito de desobediencia articulado sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino de un delito contra la seguridad vial que se cimienta sobre un pronóstico de riesgo, castigando al conductor que ha evidenciado un comportamiento peligroso para el tráfico viario con las previas infracciones por las que perdió los puntos legalmente asignados, con la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsibles para los bienes jurídicos tutelados, que no son otros que la seguridad del tráfico como bien intermedio directamente afectado y la vida e integridad física de los sujetos como bienes indirecta o mediatamente tutelables.

Similares consideraciones recoge respecto de tal delito la STS 803/2013, de 31 de octubre, al señalar que no se trata de «un delito de desobediencia o de rebeldía frente a una resolución administrativa», sino de «un delito contra la seguridad vial construido sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria», de suerte que «el bien tutelado primordialmente es la seguridad vial» y «sólo de una manera indirecta, condicionada o subsidiaria se protege el cumplimiento de la decisión administrativa», es decir, que sin negar que «indirectamente se quiere fortalecer el debido acatamiento a las decisiones de la Administración, no es ése el núcleo de la tutela penal ni el contenido sustancial de la antijuridicidad de esta infracción».

No pueden aducirse, pues, razones de ausencia de peligro concreto del bien jurídico protegido, para absolver al acusado, como no lo hizo la Audiencia correctamente.

El pronóstico de riesgo (abstracto) es lo que da base a la conducta típica.

(STS 612/2017, de 13 septiembre)

ARTÍCULO 556 CP

Resistencia a agente de la autoridad: el bien jurídico protegido lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas más que el tradicional principio de autoridad; la resistencia a que se refiere el artículo 556.1 CP es para supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad; supuestos de resistencia constitutivos de atentado,

delito de resistencia, delito leve de esa clase o conducta atípica. El dolo va ínsito en los actos desplegados cuando se conocen los elementos objetivos del tipo y no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido

La STS 117/2017, de 23 febrero como la jurisprudencia de esta Sala se refería a la resistencia típica, como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia alcanza los caracteres de «grave», y se manifiesta de forma activa, entra la figura del artículo 550, mientras que si, siendo grave, se manifiesta de forma pasiva, es aplicable el artículo 556 CP.

(...) La entrada en vigor de la reforma operada en la inicial ley sustantiva penal por efecto de la LO. 1/2015 en lo que se refiere al delito del artículo 556 CP –sigue diciendo la STS 534/2016, de 17 de junio– se compone de dos apartados: en el primero de ellos, parangonable con el precedente legislativo, las modalidades comisivas discurren por los mismos cauces y con similares contornos que en la anterior regulación. Así se incluyen los supuestos de resistencia y de desobediencia grave no abarcados por el artículo 550 CP. Este carácter residual debe entenderse formulado en relación a la resistencia, pues artículo 550 incluye como conductas nucleares la agresión, la resistencia grave o el acometimiento, comportamientos de marcado carácter activo y proyección violenta.

Queda claro que la desobediencia tipificada en el nuevo artículo 556.1 CP es la de carácter grave. Sin embargo para identificar la resistencia que el nuevo precepto no adjetiva, hemos de acudir a su techo, integrado por el artículo 550 CP. Este precepto, en su nueva redacción, incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendida como aquella que se realiza por intimidación grave o violencia. El hecho de que de esta última no se califique de grave no implica que se incorporen en la nueva tipificación del atentado los supuestos de resistencia activa menos grave, que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala quedaban hasta ahora relegados al artículo 556 CP. La violencia es una actitud susceptible de presentar distintas magnitudes, y la intensidad de la que prevé el nuevo artículo 550 CP no puede desvincularse de la entidad que se exige a la resistencia calificada en este contexto de grave. De otro modo llegaríamos a la desproporcionada conclusión de que cualquier resistencia con un componente violento, por mínimo que éste sea, integraría un atentado.

Por ello entendemos que el nuevo esquema de punición de estos delitos, aunque ha ampliado el espectro de sujetos protegidos, en lo que a los comportamientos nucleares se refiere no ha variado en relación al anterior, salvo en la previsión respecto a los hasta ahora incorporados en la falta del artículo 634 CP, que la LO 1/2015 ha tipificado como delito leve en el apartado segundo del artículo 556 CP cuando se proyectan sobre autoridades, y expulsado de la órbita penal y reconducido al ámbito de la infracción administrativa cuando afectan a sus agentes. En consecuencia la doctrina elaborada por esta Sala respecto a los mismos mantiene toda su vigencia en los aspectos que no han sido despenalizados.

En concreto en lo que a la resistencia se refiere, siguen incorporados al artículo 556.1 CP los supuestos de resistencia pasiva grave y los de resistencia activa que no alcancen tal intensidad.

En el mismo sentido SSTS 44/2016 de febrero, 899/2016 de 30. 11, 141/2017 e 7 de marzo, 338/2017 de 11 mayo, 652/2017 de 4 de octubre. En consecuencia, cabe concluir lo siguiente:

1. La resistencia activa grave sigue constituyendo delito atentado del artículo 550 CP. En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.

2. La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia artículo 556 CP.

Aunque la resistencia del artículo 556 CP, es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.

3. La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.

4. La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO. 4/2015 de 30.3, de Protección a la Seguridad Ciudadana).

(...) Consecuentemente ejerció violencia y resistencia activa, benignamente calificada en el artículo 556 CP.

En cuanto al elemento subjetivo de injusto integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, «va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido», entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo «acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado» (o de consecuencias necesarias), matizándose que «la presencia de un animus o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder» (STS 431/1994, de 3 de marzo; SSTS 602/1995, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero). También esta Sala Segunda ha declarado que tal ánimo se presume y que «el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa», sin que se requiera «una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción» de modo que el dolo consistirá en agresión, resistir o desobedecer a los agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones y deberes, con conocimiento de esa condición y voluntad de ejecutar la acción típica (STS 743/2004, de 9 de junio).

En igual sentido SSTS 328/2014 de 28 abril, 199/2015, de 3 marzo, 44/2016, de 3 febrero, 534/2016, de 17 junio, 117/2017, de 23 febrero, insisten en que ente desprestigio, el principio de autoridad representado por aquellos y el buen funcionamiento del servicio público por ellos prestado, que es el injusto de este delito. El elemento subjetivo integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del

ofendido. Y así reiteradamente ha entendido esta Sala que quien, aun persiguiendo otras finalidades, agrede, resiste o desobedece conociendo la condición de agente de la autoridad o funcionario del sujeto pasivo, acepta la ofensa al principio de autoridad que representan como consecuencia necesaria cuando éste quede vulnerado por causa de su proceder.

(STS 837/2017, de 20 diciembre)

ARTÍCULO 575.2 CP

Auto-adoctrinamiento pasivo en terrorismo de corte yihadista: móvil con vídeos y fotografías de acciones del Estado Islámico, en el que militó su hermano, con el que hablaba a menudo sobre su forma de participación futura

(...) En la exposición de motivos de la LO 2/2015, de 30 de marzo, se afirma para fundamentar la nueva reforma de los delitos de terrorismo que la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo. En el catálogo de medidas que constituyen la parte dispositiva de esta Resolución, aparece en el punto sexto un recordatorio de la Resolución 1373 (2001), en virtud de la cual todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito.

Las acciones terroristas a las que alude detalladamente la Resolución 2178 constituyen el máximo exponente de las nuevas amenazas que el terrorismo internacional plantea a las sociedades abiertas y que pretenden poner en riesgo los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero.

El terrorismo internacional de corte yihadista –prosigue diciendo la exposición de motivos de la reforma legal– se caracteriza, precisamente, por haber incorporado esas nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Estas nuevas amenazas deben, por tanto, ser combatidas con la herramienta más eficaz que los demócratas pueden emplear frente al fanatismo totalitario de los terroristas: la ley.

Este terrorismo se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

Los destinatarios de estos mensajes pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas.

No menos importante –acaba afirmando el preámbulo de la ley– es el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados que deciden unirse a las filas de las organizaciones terroristas internacionales o de sus filiales en alguno de los escenarios de conflicto bélico en que los yihadistas están participando, singularmente, Siria e Irak. Este fenómeno de los combatientes terroristas desplazados es, en este momento, una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional y de la Unión Europea en particular, toda vez que éstos se desplazan para adiestrarse en el manejo de armas y explosivos, adquirir la capacitación necesaria y ponerse a las órdenes de los grupos terroristas.

Esta Ley Orgánica modificó el capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de tal forma que el rigor de la respuesta penal frente a crímenes tan graves contemple, además de las modalidades de terrorismo ya conocidas, las que proceden de las nuevas amenazas.

Y al examinar en concreto el artículo 575, se afirma en la exposición de motivos de la LO 2/2015 que esa norma tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero.

2. En la sentencia de esta Sala 354/2017, de 17 de mayo, se hace un recorrido por la normativa internacional sobre la materia, advirtiendo que la Resolución 2178 de Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272.^a sesión, dedica su apartado sexto a las conductas objeto de tipificación en esta materia, sin que se contemplen los supuestos de auto-adoctrinamiento.

Y se destaca a continuación que tampoco se regula en los instrumentos de la Unión Europea, citando al respecto la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo; cuya innovación es la adición a las conductas contempladas entre los delitos ligados a las actividades terroristas: a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo; b) captación de terroristas; y c) adiestramiento de terroristas.

Y también cita la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, con entrada en vigor el 20 de abril de 2017 y plazo de transposición hasta el 8 de septiembre de 2018; donde se distingue entre delitos de terrorismo (de similar contenido, aunque con mayor concreción que nuestro artículo 573), delitos relacionados con grupo terrorista (dirección y participación) y delitos relacionados con actividades terroristas, donde se incluyen: provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, captación para el terrorismo, adiestramiento para el terrorismo, recepción de adiestramiento para el terrorismo, viaje con fines terroristas, organización o facilitación de viaje con fines terroristas, financiación del terrorismo y otros delitos instrumentales.

Por último, especifica la referida sentencia que el Consejo de Europa rechaza de manera todavía más explícita tipificar el auto-adoctrinamiento terrorista, según se aprecia en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), donde se contempla la provocación pública para cometer delitos terroristas, reclutamiento con fines terroristas y el adiestramiento para fines terroristas, al margen de algunos delitos «accesorios» (complicidad, organización de su comisión o la orden de cometerlos y la contribución a su comisión). Listado que resulta incrementado con el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, con los delitos de participar en una asociación o grupo con fines terroristas, recibir un adiestramiento con fines terroristas (dejando en libertad a los Estados para sancionar las modalidades de autoadiestramiento), viajar al extranjero con fines terroristas, financiar viajes al extranjero con fines terroristas y organizar o facilitar de otro modo viajes al extranjero con fines terroristas.

Ello significa que mientras que para el adiestramiento con fines terroristas, entendido como «dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión», también se contempla su modalidad pasiva, incluso se posibilita sancionar el auto-adiestramiento si lo tolera el ordenamiento interno; respecto del adoctrinamiento, solo se contempla en cambio en una concreta modalidad activa del mismo, el «reclutamiento con fines terroristas» entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción se hizo evidente que la penalización de la conducta «pasiva» («hacerse reclutar para el terrorismo») crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de «hacerse reclutar para el terrorismo» que comprendiera un comportamiento suficientemente «activo» también presentaba serias dificultades.

Por todo lo cual, la sentencia acaba concluyendo que ello debe llevar a una interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información.

3. En lo que concierne a los naturaleza, requisitos y contenido del tipo penal de auto-adoctrinamiento, se resalta en la sentencia de esta Sala 354/2017, de 17 de mayo, el alejamiento respecto de una acción concreta en estos comportamientos de auto-adoctrinamiento ideológico, donde se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, lo que determina su configuración como un delito de peligro.

Subraya esta Sala que extraña en primer lugar la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo como las referidas al adiestramiento (la obtención de conocimientos o aptitudes prácticas militares o de combate, o en el desarrollo de armas químicas o biológicas, o para la fabricación de explosivos) y las de la mera formación ideológica, pues a falta de interpretación auténtica del término adoctrinamiento habrá de estarse al establecido en el Diccionario de la lengua española de la RAE, que en su aspecto pasivo supondría el hecho de inculcarse –infundirse con ahínco– de determinadas ideas o creencias. Equiparación que determina en todo caso

que esta actividad de aprehensión de credos debe tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico.

En cuanto al tipo objetivo, precisa la referida sentencia dos modalidades alternativas de conducta: el acceso habitual a internet o, disyuntivamente, la adquisición o tenencia de documentos donde ya no se exige habitualidad.

El contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Se trata de una exigencia objetiva predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee. Ello significa que no debe ser confundido con la finalidad del sujeto, al margen de que el conocimiento de esa cualidad del contenido deba ser abarcado por el dolo.

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

Así lo recoge el primer párrafo del artículo 575.2 (con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo) y a tal expresión se remite el segundo párrafo (con tal finalidad) y se reitera en el tercero (con la misma finalidad).

Por último enfatiza la sentencia 354/2017 que no es suficiente para apreciar el elemento subjetivo el alcance significativo de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado.

A este respecto, se hace preciso traer a colación los argumentos de la sentencia de esta Sala 503/2008, de 17 de julio (referida a los atentados del 11-M en Madrid), en la que se hace especial hincapié en que «La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito».

Y más adelante incide en que «para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo».

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

(STS 661/2017, de 10 octubre)

ARTÍCULO 579 BIS CP

Terrorismo: hecho de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido. Aplicación retroactiva a delitos de terrorismo perpetrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP en materia de delitos de terrorismo: el criterio ponderativo del que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado, pero solo al primero cuando se trate de delitos de mera actividad. Voto particular

(...) el nuevo párrafo 4.º del art 579 bis CP introducido por la reforma operada por la LO 2/2015 constituye una norma penal más favorable aplicable tanto a los hechos enjuiciados tras su entrada en vigor, como a los ya sentenciados, bien por la vía de la casación o bien por la de la revisión de sentencias cuando las condenas sean firmes y se estén ejecutando. Lo que significa decir que procede la revisión de un modo imperativo –como ya había señalado esta Sala en STS 554/16, de 23 de junio–, en supuestos de sentencias firmes en fase de ejecución; del mismo modo que procede su aplicación retroactiva en fase de enjuiciamiento o casación (STS 716/2015, de 19 de noviembre).

Esta posibilidad de atenuación, puede ser calificada, desde la perspectiva de su naturaleza, como subtipo atenuado STS 716/2015, de 19 de noviembre) o como cláusula de individualización de la pena (STS 554/16, de 23 de junio), lo que en cualquier caso nos conduce a una solución idéntica, al tratarse de una previsión normativa que amplía, en el tramo mínimo, el ámbito de la penalidad por la apreciación de los presupuestos de menor gravedad en la acción o en el resultado, en atención a la necesidad de respetar el principio constitucional de proporcionalidad; lo que ya fue puesto de relieve por el Tribunal Constitucional en su STC Pleno 136/1999, de 20 de julio de 1999, referida al Caso «Mesa Nacional de Herri Batasuna» al realizar una reflexión sobre la proporcionalidad referida específicamente a los supuestos de colaboración con banda armada, pero razonablemente extensible a las condenas por delito de participación o integración en organización o grupo terrorista. Decía el Tribunal Constitucional: «en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista. Este coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica se refiere, sin embargo, solo resulta constitucionalmente admisible en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por así

decir, del marco punitivo, que haga a su vez posible la puesta a disposición del Juez de los resortes legales necesarios a la hora de determinar y adecuar la pena correspondiente en concreto a cada forma de manifestación de estas conductas de colaboración con los grupos terroristas. De otro modo, y tal como pone también de manifiesto la legislación comparada, el aplicador del derecho se situaría ante la disyuntiva ya sea de incurrir en evidente desproporción, ya sea de dejar impunes conductas particularmente reprochables».

De este modo, en nuestra STS 716/2015, de 19 de noviembre, señalábamos que el Legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar esta posibilidad de atenuación punitiva para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad. El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción («medio empleado») y al desvalor del resultado («resultado producido»). En definitiva, nos encontramos ante una manifestación del principio constitucional de proporcionalidad, que debe ser valorada retroactivamente, atendiendo al desvalor de la acción y al desvalor del resultado.

2. En segundo lugar, como se establece expresamente en el texto de la norma, y se ha acordado en el Pleno no Jurisdiccional siguiendo nuestros propios precedentes, esta atenuación es aplicable a todos los delitos previstos en el capítulo VIII referido a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, incluyendo, por tanto, los delitos de promoción o participación en organización o grupo terrorista sancionados en el artículo 572 o los de mera tenencia de explosivos del artículo 574 del CP.

(...) Por otra parte, como señala la STS 554/16, de 23 de junio, la posibilidad de atenuación por la menor gravedad no debe verse limitada por la expresión de los dos parámetros de la reducción penológica, los medios empleados y los resultados producidos, pues una interpretación literal del precepto haría que no fuera de aplicación a los tipos penales de mera actividad, que no producen un resultado como alteración de una realidad preexistente. En este sentido el término «medios empleados» ha de ser entendido como «modos de acción».

(STS 243/2017, de 5 abril)