

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología  
UNED

## ART. 16 CP

### *Tentativa de delito: sobre su aplicabilidad en los delitos de peligro abstracto.*

La punibilidad de la tentativa en la comisión de los delitos de peligro en abstracto ha sido históricamente cuestionada por un sector de la doctrina que entendía que, o bien la acción generaba un peligro potencial para el bien jurídico, en cuyo caso el delito estaba consumado, o bien no se llegaba a crear peligro alguno, en cuyo caso se trataba de una actuación impune. Sin embargo, el punto de vista según el cual el fundamento de la punición de la tentativa reside únicamente en la exposición del bien jurídico a un peligro relevante (teorías objetivas) ha sido seriamente cuestionado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que admite la punibilidad de las tentativas inidóneas-no supersticiosas (SSTS 4-4- 2007, 7-6-2004, 13-3-2000, 21-6-1999).

Tampoco las teorías puramente subjetivas resuelven de forma convincente el problema de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, pues si se «toma como punto de partida, no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil frente al Derecho» no es posible explicar por qué razón las tentativas supersticiosas o irreales no son punibles.

En la actualidad, sin ser una cuestión pacífica, se viene defendiendo que la fundamentación de la punición de la tentativa debe ser derivada de un criterio mixto. De una parte, se afirma que la tentativa es punible porque quién inicia la ejecución del delito exhibe una voluntad contraria a la norma, pero la punibilidad de esta manifestación de voluntad requiere además que «por su causa pueda ser minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañados el sentimiento de seguridad jurídica y, con él, la paz jurídica» (teoría de la impresión); y, de otra, se afirma que el fundamento de la punición debe residenciarse también en que la acción del autor ponga de manifiesto una infracción de la norma, si bien debe tratarse de una norma verdaderamente existente (teoría de la desobediencia a la norma). Es decir, lo decisivo es «si el autor obró o no, según un juicio racional, es decir, expresando desde su perspectiva, un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma».

Pues bien, desde cualquiera de estas perspectivas no existe inconveniente alguno para caracterizar como tentativa punible la realización de una conducta que es racio-

nalmente idónea para producir como resultado inmediato la generación de un riesgo potencial abstracto y prohibido, cuando por circunstancias casuales y ajenas al propio autor la creación de ese riesgo no llega a producirse o concretarse.

La jurisprudencia ya ha resuelto afirmativamente el problema de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro en abstracto, como muestra el examen de la cuestión con relación a los delitos contra la salud pública (SSTS 5-3-2001, 13-3-2000, 23-7-2010), cuya naturaleza no puede ser puesta en duda.

4. Este Tribunal ha interpretado el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, tipificado como delito de peligro abstracto (y no de idoneidad o de aptitud) por lo que resulta necesario verificar el riesgo generado. En su aplicación no se considera suficiente el simple hecho de conducir vulnerando la normativa administrativa por superar la tasa de alcohol en sangre permitida (que con base en el principio de precaución sería suficiente), sino que se exige además «que la concreta conducta del acusado haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (vida, integridad física de las personas, seguridad del tráfico)». Se remite de este modo a una verificación de la peligrosidad de la conducción en consideración a todas las circunstancias en que se produce.

(...) El tipo penal del art. 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.

(...) En el supuesto ahora analizado, se evidencia una tasa de alcohol por encima de la prevista en el artículo 379.2 del CP, lo que hace presumir, con presunción legal, tanto su incapacidad para manejar un vehículo de motor como la peligrosidad de su acción de conducir, sean cuales sean las circunstancias concretas –0,74 y 0,76 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos mediciones prácticas–, además, de la sintomatología compatible con un estado de embriaguez. Pero estamos ante un problema de tipicidad, el recurrente aduce que al no consumarse el delito –ausencia de conducción– no puede afirmarse que la conducta llevada a cabo por el mismo sea típica, quedando extramuros del derecho penal.

(...) Partiendo de lo anterior, y respetando la ausencia de conducción que la Sala declara acreditada, debemos preguntarnos si los hechos declarados probados integran la tentativa del delito por el que viene condenado el recurrente, y si esa forma imperfecta es viable en los delitos de riesgo abstracto.

En el tema planteado la solución dada por Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es contradictoria, así a favor de la posibilidad de aplicar la tentativa encontramos, entre otras, las SSAP de Barcelona (Sección 2) 246/2019, de 9 de julio, o la de Tenerife (Sección 2) 437/2010, de 25 de noviembre, y en contra, considerando la conducta atípica las SSAP de Gerona 690/2014, de 5 de diciembre y de Tarragona 324/2012, de 28 de junio. Por otro lado, este Tribunal no se ha pronunciado expresamente al respecto, lo que conforme apuntábamos en la sentencia 652/2019, de 8 de enero, implica interés casacional.

Si bien es cierto que en la Jurisprudencia de este Tribunal no existe una resolución expresa sobre la cuestión planteada, sí encontramos un pronunciamiento *obiter dicta* al respecto en la sentencia 436/2017, de 15 de junio, cuando, tras afirmar que sin movimiento no hay conducción, sin que sea necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto, considerando que los actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, la Sala añadió «más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribuna-

les (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». Del citado pronunciamiento, la conclusión que se extrae, es que los intentos de conducción deben ser considerados atípicos.

6. Según lo expuesto, debemos entender que la conducta será delictiva si concurren los dos elementos que integran la comisión de este delito de peligro abstracto, la conducción del vehículo de motor y ciclomotor, y 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. Pero, además, se requiere para que ello sea así, una peligrosidad real para usuarios potenciales que ha de determinarse mediante un juicio hipotético, peligrosidad que se puede identificar con la idoneidad de la acción.

Para la resolución de la cuestión planteada debemos partir de que en el delito del art. 379 se anticipa la tutela penal, lo que implica una expansión de la acción del ordenamiento punitivo que pretende adelantarse a la generación de riesgos manifiestos, lo cual ya es de por sí controvertido, la punición de la tentativa en este delito desnaturaliza definitivamente la tutela penal, hasta llevara a hipótesis irracionales por exceso, porque estamos precisamente ante el castigo de la fase previa a la real afectación del bien jurídico, mediante un juicio de idoneidad ex ante, sin desvalor del resultado, ya que todas las tentativas punibles son ex ante peligrosas, aunque ex post todas ellas se revelen incapaces de consumación.

La doctrina más destacada ha puesto de relieve que en el delito de peligro abstracto del art. 379 del CP con la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas los bienes individuales que entran en el radio de posible eficacia causal de la conducta son concretos al ser identificables (la vida y la salud de las personas) pero lo que sucede es que no hay objeto material al no recaer la conducta físicamente sobre la vida o la salud de ninguna persona concreta, así pues, lo que falta en este delito al igual que en la tentativa inidónea no es un bien jurídico individual sino un objeto material aptos para operar como sustrato material del interés tutelado. Así mismo apuntan que es equiparable la estructura objetiva de los delitos de peligro abstracto con la de la tentativa inidónea, lo que dificulta la tarea de apreciar tentativa en ellos, por cuanto la punición de una «tentativa de una tentativa inidónea», o la punición del «riesgo del riesgo» llevaría al castigo de una conducta ex ante no objetivamente peligrosa para ningún interés individual.

Sobre la base anterior, y partiendo de que al Derecho Penal solo le compete la protección de los ataques más graves contra los intereses socialmente más relevantes, que los delitos de peligro abstracto del art. 379 del CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derechos Penal: lesividad, proporcionalidad, intervención mínima..., y que, especialmente el legislador ha convertido en delitos consumados de peligro conductas que pudieran ser punibles como tentativa, debemos concluir afirmando que en este tipo de delito no cabe la tentativa, sin que las teorías sobre la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales pueda llegar al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un peligro abstracto cuando, como ocurre en el presente caso, la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual, nos encontraríamos, ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, ante un supuesto de una tentativa irreal.

En consecuencia, en el caso analizado, la conducta descrita en el relato fáctico es atípica, sin que quepa una punición del «riesgo del riesgo», entendemos que, supuestos como el analizado o similares, tales como entrar en un vehículo o subirse a un

ciclomotor, sin llegar a accionarlo, sin llevar a cabo alguna conducta relativa al verbo típico «conducir», no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia en el sujeto, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias.

Los actos previos llevados a cabo por el acusado –alquilar desde su terminal móvil una motocicleta, sacar el ciclomotor del estacionamiento y ponerse el casco reglamentario–, sin conducir o circular con el mismo, son actos preparatorios impunes, ya que no se trata de actos que inciden directamente en la realización del verbo activo que rige la figura delictiva «conducir».

(STS 48/2020, de 11 febrero)

### ART. 31 BIS CP

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

No debe entenderse que en el caso ahora analizado existiera una «autopuesta en peligro» por el hecho de la confianza depositada en la recurrente por los socios, ya que ello lo que integra es una agravación, precisamente, por ese abuso de las relaciones personales que da lugar a que estos no sospecharan de ella en las operaciones y documentos que presentaba a la firma, por cuanto creían en su honestidad y corrección, hasta que un examen detallado de las operaciones llevadas a cabo durante el periodo en el que se suceden los hechos da lugar a detectar los desplazamientos patrimoniales llevados a cabo por la recurrente. Ciertamente y verdad es que, como luego destacaremos, los excesos de confianza pueden dar lugar a situaciones como la aquí ocurrida, o, también, no disponer de un programa de *compliance* normativo en la empresa que hubiera evitado estos hechos durante largo tiempo.

Este último es un tema interesante que irá surgiendo en el desarrollo de esta filosofía de exigir a las empresas implantar estos modelos de *compliance* para evitar la denominada «autopuesta en peligro» que pueda suponer que directivos o personas con apoderamientos expresos para realizar funciones como la aquí desplegada, puedan encontrar facilidades para llevar a cabo estas conductas de falsedad en documentos mercantiles y estafas en concurso medial. No disponer de estos modelos de *compliance* lo que genera en los casos de la delincuencia ad extra de directivos y empleados ex art. 31 bis CP es su responsabilidad penal, pero no podemos concluir que la carencia de estos programas provoca la exoneración de responsabilidad en casos de estafa por haber sometido a la propia empresa a la autopuesta en peligro que desplaza el «engaño bastante» a la víctima del delito, pero sí hay que insistir en que estos programas de *compliance* reducen el riesgo de que ello ocurra y con el paso del tiempo debe existir la extensión de esta filosofía de uso para autoprotgerse de este tipo de situaciones en donde se comprueba una mayor facilidad para perpetrar este tipo de actos de falsedad de documento mercantil y estafa.

Así pues, la ausencia de un *compliance ad intra* en el sector empresarial provoca la existencia de estos delitos de apropiación indebida, estafa, administración desleal y falsedades, como consta en las dos sentencias de esta Sala antes citadas al no poder concebirse la obligación del art. 31 bis y ss. CP desde el punto de vista *ad extra* tan solo, para evitar esa responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el sector empresarial debe ser consciente de que el modelo del cumplimiento normativo lleva consigo una evitación de los tipos penales antes citados al hacer desaparecer los modelos tradicionales de confianza y relaciones personales que en el seno de una empresa degradan «el debido control» entre los órganos operativos que deben ejecutar decisiones en la empresa, tanto gerenciales, y de administración, como económicas y de pagos y cobros, porque está acreditado que la relación de los mecanismos de control en la empresa y el exceso en la confianza por las relaciones personales puede dar lugar en algunos casos a abusos que den lugar a que si la ausencia de control es prolongada, como aquí ha ocurrido, el resultado de la responsabilidad civil sea elevado. Tan es así, como la propia recurrente argumenta en su defensa la elevada suma que se le reclama, y cómo era posible la falta de detección del desfase, lo que, precisamente, viene motivado por esas relaciones personales, hasta que una auditoría detecta estas irregularidades que, finalmente, son denunciadas.

Estos tipos penales antes citados se dan con frecuencia en el sector empresarial auspiciados, precisamente, por la ausencia de mecanismos de control ajenos y extraños a los que conforman la relación entre sujetos que se aprovechan de esas relaciones personales y aquellos que les facultan y autorizan para realizar operaciones que entrañan riesgo para la empresa por la disponibilidad económica y de gestión de quienes los llevan a cabo. Precisamente, el *compliance ad intra* ajeno a esas relaciones personales y de confianza entre concedentes del poder y sus receptores evitaría, o disminuiría el riesgo de que estas situaciones se produzcan en el seno de las empresas.

Con el *compliance ad intra* en el seno de la empresa estas situaciones que aquí se han dado resultan de un alto grado de imposibilidad de ejecución, ante los controles que en el cumplimiento normativo existen y, sobre todo, de un control externo, aunque dentro de la empresa, pero ajeno a los propios vínculos de confianza interna que existen que son los que facilitan, al final, estos ilícitos penales.

En consecuencia, de la misma manera que en esta sentencia antes citada de la Sala se apuntaba que la alegada «autopuesta en peligro» de no existir fuertes mecanismos de control que puedan detectar y poder controlar y evitar estos fraudes que se cometen con frecuencia no exonera de responsabilidad hay que insistir en que el defecto en el cumplimiento normativo de detección de situaciones fraudulentas en las que las empresas pueden ser víctimas de estafas, como en este caso ocurrió, no supone una especie de «pasaporte» que permita a quienes diseñen y orquesten un mecanismo orientado al fraude que sean exonerados de responsabilidad, porque cosa distinta es la necesidad de mentalizar al sector empresarial que active los protocolos de detección de las estafas basadas en la confianza previa en relaciones contractuales anteriores sin el componente del fraude, y otra que estas conductas probadas engañosas queden impunes.

No puede configurarse la ausencia de mecanismos de protección, o el exceso de confianza en las relaciones contractuales, como un «cheque en blanco» para la ejecución de delitos patrimoniales. Y menos aun cuando la confianza está generada, como aquí ocurrió, en las relaciones previas en las que no se habían dado los hechos de estafa en las relaciones comerciales, lo que denota un «aprovechamiento» de esa confianza en la relación inter partes que, en cualquier caso, viene a ser terreno abonado para facilitar la estafa, y sin que el «relajamiento» de las condiciones de control en las operaciones lleve consigo la anulación de los elementos del tipo penal de la estafa.

Decir lo contrario determinaría la impunidad de quienes mantienen contratos cumplidos para generar confianza y que en un determinado momento inician el *modus operandi* basado en el engaño bastante, aunque guiados por ese fortalecimiento en esa relación por la confianza guiada por el «previo cumplimiento».

Pero la inexistencia de lo que podríamos denominar «coraza protectora ante las estafas» que puede generar el *compliance ad extra* en estos casos puede conllevar la exoneración de responsabilidad. Lo denominamos *compliance ad extra*, por cuanto supone la implementación de medidas de autoprotección empresarial ante la delincuencia que se origina desde fuera de la empresa hacia la perjudicada, o, también, desde la propia empresa hacia fuera, lo que, a su vez, es lo que genera responsabilidad penal de la persona jurídica si no existe un adecuado programa de cumplimiento normativo debidamente implementado ex art. 31 bis CP.

No obstante, en el presente caso se trató de una delincuencia *ad extra* de la empresa perjudicada que actuó sobre la misma basada en la confianza generada, y que ante el carácter bastante del engaño no pudieron actuar los mecanismos en la empresa de detección del fraude que se había generado, por medio del *modus operandi* descrito con claridad en el hecho probado generador de la estafa perpetrada. No puede, pues, imputarse, a la mercantil perjudicada que no perfeccionara mejor sus mecanismos de diligencia en la detección del fraude como vehículo conductor determinante de una exoneración de responsabilidad penal que se demanda, ya que la ausencia de estos mecanismos de control y la reiteración de este *iter* delictivo que se repite con frecuencia lo que debe llevar al sector empresarial es a acentuar y potenciar estos mecanismos de control interno y externo de estas conductas, pero no a facilitar la impunidad de quienes las cometan.

(STS 109/2020, de 11 marzo)

## ART. 140 CP

*Asesinato: condena por la muerte a más de dos personas; la aplicación del art.140.2 CP supone que todas las muertes que pueden constituir otros asesinatos sean castigados de forma independiente sin infringirse el principio non bis in ídem, no apreciándose en caso alguno por todas las muertes la única pena de prisión permanente revisable.*

El art. 140.2 del CP –a juicio de la defensa– constituye un tipo específico que subsume la penalidad de los tres delitos cometidos previamente, para no vulnerar el principio *non bis in ídem*. La opción contraria implicaría que un hecho sea castigado con su pena correspondiente –25 años– y al mismo tiempo sea valorado para el castigo del cuarto hecho. Y éste habría sido el error que ha lastrado la respuesta penal asociada a los hechos imputados a Santiago. Se trata de una prisión permanente revisable –no de la suma de cuatro penas de 25 años, cuyo límite de cumplimiento sería 40 años, en virtud del art. 76 del CP– cuya revisión se atrasaría, en virtud del art. 78 bis del CP.

El motivo no puede prosperar.

Son muchas las cuestiones suscitadas por la nueva regulación del delito de asesinato introducida por la reforma de la LO 1/2015, 30 de marzo. Algunas de ellas van a ser objeto de examen al analizar el recurso promovido por la acusación particular, apoyado por el Ministerio Fiscal. Que entre esas cuestiones ocupa lugar especial la

incidencia que esa ruptura histórica con la definición del delito de asesinato puede tener en el ámbito de prohibición del de *non bis in ídem*, es algo que evidencia el interés dogmático y el altísimo tono crítico con el que esa modificación ha sido recibida. No vamos a abordar, por exceder de los términos en que el motivo ha sido formalizado, si la condena por más de tres delitos contra la vida exige que aquellos tengan que ser calificados como constitutivos de un delito de asesinato, no bastando, por ejemplo, la previa condena por homicidio. Tampoco centrará nuestra atención el debate acerca de si esas condenas tienen que haber sido dictadas en el mismo procedimiento o pueden haber sido impuestas en distintas causas penales y, en este último caso, si precisarían algún elemento de conexión que hubiera hecho posible el enjuiciamiento conjunto.

Sea como fuere, la invocación que hace la defensa del principio *non bis in ídem* y su concreta proyección sobre el supuesto que nos ocupa –que, a su juicio, debería llevar a la imposición de una única pena de prisión permanente revisable– no es aceptable. La Sala no quiere adentrarse en el debate criminológico y de política legislativa acerca del acierto o desacierto de la reforma. Tampoco en la llamada de atención de quienes han advertido de que la individualizada criminalización del asesino en serie, encierra en realidad una indeseable querencia de nuestro sistema penal por el Derecho penal de autor, más que por el Derecho penal del hecho. En nuestra sentencia STS 716/2018, 16 de enero, ya se contienen algunas consideraciones, a manera de *obiter dicta*, de elevada censura respecto de la oportunidad y justificación de la reforma. A lo que nos obliga ahora el motivo formalizado por la defensa es a un pronunciamiento acerca de si la penalización individualizada de cada uno de los asesinatos desborda la medida de culpabilidad.

Y ya anticipamos que la Sala considera que no existe tal vulneración.

No la hemos declarado en otros supuestos en los que el legislador admite la valoración de unos hechos anteriores como presupuesto para la agravación de la pena. Así sucede, por citar solo uno de los muchos ejemplos posibles, con el delito de maltrato habitual previsto y penado en el art. 173.2 del CP (*Cfr.* SSTS 645/2004, 14 de mayo; 320/2005, 10 de marzo o 580/2006, 23 de mayo, entre otros muchas). Pero aun admitiendo la sustancial diferencia entre uno y otro término de comparación, lo cierto es que los asesinatos previos han de castigarse conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. No hay nada semejante a un concurso de normas a resolver por la regla de consunción (art. 8.3 CP). No estamos ante un único hecho para cuya calificación convergen distintos tipos penales. El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que confluyen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP, cuya aplicación reivindica la defensa –aun sin cita directa– exige que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Nada de esto acontece en el supuesto que nos ocupa. Carecería de sentido que la muerte de tres o más personas fuera castigada con la misma pena que la muerte de una persona susceptible de ser calificada conforme al art. 140 del CP. Y que ese desenlace fuera el resultado de una extravagante regla de consunción aplicada en gravísimos delitos contra la vida.

La solución que proclama esta Sala se apoya, no solo en el significado constitucional del principio *non bis in ídem*, sino en la propia literalidad del art. 140. 2. En su

inciso final se dispone que «... en este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo». Carecería de sentido esta remisión al art. 78 bis del CP, que pretende, en el caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas, endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

(STS 129/2020, 5 mayo)

## ART. 140 CP

*Asesinato: Caso asesinato «El pescaíto». Víctima menor de dieciséis años: compatible con alevosía sin vulnerar el non bis in ídem.*

La STS 129/2020, de 5 de mayo, ha declarado que esta Sala no ha sido ajena, en alguno de sus precedentes, a una línea doctrinal de intensa crítica al valorar los efectos jurídicos de la aplicación de la prisión permanente revisable. Pero más allá del debate acerca de la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía y de la ineludible presencia de un elemento intencional, la Sala estima que la redacción del tipo hipercualificado del art. 140.1.1 CP es el resultado de una política criminal orientada a la protección de los menores de edad y de las personas más vulnerables por padecer alguna discapacidad física o mental.

Y ese enunciado –pese a sus deficiencias técnicas– es algo más que un mecanismo de protección de las personas a las que el autor mata prevaliéndose de su imposibilidad de defensa.

Como ya hemos dicho en la STS 367/2019, 18 de julio, la condición de la víctima menor de 16 años de edad supone un fundamento jurídico distinto que justifica la decisión del legislador, y que no implica un mecanismo duplicativo (*bis in idem*), sino un *bis in altera*, por lo que no impide la calificación en el art. 140.1.1 del Código Penal de los hechos referidos.

No todas las víctimas desvalidas están incluidas en esa previsión agravada. Son perfectamente imaginables supuestos paradigmáticos de desvalimiento y que, sin embargo, no son encajables en el art. 140.1.1 del CP. Piénsese, por ejemplo, en la persona dormida, embriagada o narcotizada que, en atención a ese estado, carece de toda capacidad de reacción defensiva. La agravación que el legislador contempla en ese precepto no es la que corresponde, siempre y en todo caso, a la muerte alevosa por desvalimiento. No toda víctima de un asesinato ejecutado sobre seguro, con esta modalidad de alevosía por desvalimiento, ha sido sobreprotegida hasta el punto de incluir su muerte entre los supuestos de singular agravación.

Desde esta perspectiva, de lo que se trata es de responder a la cuestión de si la muerte alevosa de un menor cuya edad le inhabilita para cualquier defensa –hay menores que sí pueden defenderse–, impide un tratamiento agravado acorde con su mayor antijuridicidad. Y la respuesta ha de ser negativa. La consideración del asesinato de un niño como un presupuesto para sumar al desvalor inherente al medio ejecutivo la mayor reprochabilidad de la muerte a edad temprana, no suscita, a nuestro juicio, insuperables problemas de inherencia. De hecho, constituye una técnica legislativa –no exenta de crítica, es cierto– pero que está bien presente en otros pasajes del Código Penal. Es el caso, por ejemplo, del art. 183 del CP. Este precepto encabeza el capítulo II bis –De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años– del título VIII –Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales–, del libro II del CP. El legislador ha considerado oportuno dar un tratamiento singularizado a aquellas ofen-



sas contra menores de edad que se convierten en víctimas de abusos o agresiones sexuales por parte de otras personas. Su singularidad se justifica, entre otras razones, por la especificidad del bien jurídico protegido –la indemnidad sexual– y por el compromiso de toda sociedad democrática de favorecer una especial protección al menor de edad. Es entendible, por tanto, que el simple hecho de involucrar a un menor de 16 años en un contexto sexual reciba una respuesta más agravada que la que se dispensa en aquellos otros supuestos en los que la víctima ha superado ese límite vital. La edad se convierte así en el único presupuesto de agravación. Sin embargo, el legislador ha creído conveniente añadir un tipo hiperagravado en aquellos supuestos en que la víctima «...sea menor de cuatro años». Así se desprende de la lectura del art. 183.4.a), inciso final. De esta forma, el que realice actos sexuales con un menor de 16 años será castigado con la pena correspondiente a la modalidad de agresión que se cometa, pero en su mitad superior cuando la víctima sea menor de cuatro años. A juicio de la Sala, no es objetable, porque no hay un problema real de inherencia, el hecho de que la menor edad de 16 años se traduzca en una respuesta agravada –incluso, con una consideración sistemática diferenciada– en los delitos contra la indemnidad sexual y, en una respuesta hiperagravada en aquellos supuestos en los que el niño o niña está en los albores de la vida, al no haber cumplido todavía 4 años. No existe doble valoración de la menor edad de la víctima.

De acuerdo con esta idea, el art. 140.1.1 del CP no agrava lo que ya ha sido objeto de agravación en el art. 139.1, esto es, la muerte de un menor, ejecutada con alevosía por desvalimiento. El legislador ha seleccionado, entre las distintas modalidades de asesinato en las que el autor se aprovecha de la natural incapacidad de reacción defensiva de la víctima, un grupo social muy singular, a saber, el de las personas más vulnerables y, precisamente por ello, más necesitadas de protección. Conforme a la interpretación que ahora postulamos, la muerte alevosa de un niño siempre será más grave que la muerte alevosa de un mayor de edad que es asesinado mientras duerme o se encuentra bajo los efectos de sustancias que le nublan. Y siempre será más grave porque el desvalor de la conducta es también mucho más intenso, sin que lo impida la regla prohibitiva de inherencia que proclama el art. 67 del CP.

También hemos tratado de la prisión permanente revisable en la STS 636/2020, de 26 de noviembre, en un caso de asesinato subsiguiente a agresión sexual. De igual modo, en la STS 418/2020, de 21 de julio, en un supuesto de asesinato buscando el autor su impunidad.

En la STS 391/2020, de 15 de julio, con un cuadro probatorio basado en agresión sexual y asesinato.

Específicamente tratando el problema que plantea el motivo, la STS 180/2020, de 19 de mayo, esto es del *bis in idem* con respecto a la alevosía del art. 139.1.<sup>a</sup> y edad inferior a dieciséis años o víctima especialmente vulnerable por razón de la edad del 140.1.<sup>a</sup>, esta resolución judicial, sin embargo, declara que no concurre, pues al existir otras circunstancias cualificativas del art. 139 (ensañamiento) u del art. 140 (subsiguiente a delito contra la libertad sexual), en todo caso corresponde imponer la pena de prisión permanente revisable, de modo que aunque concurriera el *bis*, no lo haría el *idem*, pues no supone su apreciación mayor sanción.

También trata de este problema la STS 339/2019, de 3 de julio, en un supuesto de víctima menor de 16 años.

El distinto fundamento de la punición que caracteriza esta línea, procede de la STS 367/2019, 18 de julio, en donde se proclama que la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia

de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1.º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2.º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3.º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

Se trata de un diverso fundamento para la aplicación de tal precepto que agrava el delito de asesinato; por un lado, un hecho cualificado como tal delito de asesinato, y de otro, una mayor protección a un tipo de víctimas, como ocurre en el caso enjuiciado.

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

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

Ya hemos dejado expuesta la intención del legislador en el Preámbulo de la LO 1/2015, al que ya hemos hecho referencia. Por ello, el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía.

(...) Por lo demás, no dejan de apreciarse datos, que resultan de los hechos probados, conforme a los cuales se deduce, además, un ataque súbito y repentino, frente al menor, previos a la maniobra de asfixia por parte de la acusada.

Además de ello, se refleja en la resultancia fáctica que la acusada, tras dar muerte al niño, excava una fosa para enterrar el cadáver y cortar un brazo del menor que no cabía; mantiene una actitud de simulación, fingimiento y farsa durante los once días que duró la búsqueda, alentando los ánimos a los padres y generando falsas expectativas sobre la aparición del menor, y acude a una manifestación portando una camiseta con la cara del niño y la expresión «todos somos Cecilio»; coloca una camiseta del niño en un cañaveral apartado y de difícil acceso; y desentierra y guarda el cadáver en el maletero de su coche, profiriendo frases «donde lo puedo llevar, a algún inverna-dero, ¿no quieren un pez?, les voy a dar un pez por mis cojones».

De modo que el único objetivo de tales acciones no era el autoencubrimiento, sino algo más, humillar a los padres del menor con todos esos actos, que no solamente les prestaban esperanza sobre la localización del niño con vida, sino que suponían una farsa con la que trataba de vilipendiarles.

Por ello, es necesario confrontar este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos

copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma solo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva (art. 8.3.ª CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula «*lex consumens derogat legi consumptae*», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune (STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. (...) Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos en relación con el delito contra la integridad moral.

En efecto, la integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el art. 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su art. 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el art. 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcional, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «*per se*» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el legislador en la regla concursal contenida en el art. 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP.

Nuestra jurisprudencia (SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que «la integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor». De ahí que tanto

el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.

El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.

Esta Sala (STS 3.10.2001), al referirse al bien jurídico protegido, declara: «El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la «integridad moral» y proscribire con carácter general los «tratos degradantes». La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

Con la STS 62/2013, de 29 de enero, hemos de concluir que existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana (arts. 10 y 15 CE), en todas las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano (STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre).

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco se desprende otra cosa en este punto del art. 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta de la procesada, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral ex art. 173.1 CP.

Desde el plano de la inferencia judicial, la sentencia recurrida mantiene, como dicho ya, que hay otros datos que fuera del ámbito del autoencubrimiento, permiten ser calificados como delitos contra la integridad moral, como son «una cierta sobreactuación y protagonismo y las palabras de esperanza que dirigía a los padres, en particular aquellas en que les decía que esa misma tarde volvería y estaría tomando una Coca-Cola con ellos», razonando la sentencia recurrida que «es perfectamente com-

previsible que una vez que Gregoria fuese detenida como autora, don Jenaro y doña Inmaculada recordasen esas actitudes y esas palabras, y que, de ello, de nuevo, intensificara su dolor».

La acción típica presupone permanencia en el comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; en este caso, los actos degradantes son reiterados, y se aprecia en ellos intensidad lesiva para la dignidad humana.

(STS 701/2020, de 16 diciembre)

## ART. 142 CP

*Homicidio por imprudencia menos grave: constituye imprudencia menos grave la infracción del deber medio de previsión que es causalmente determinante del resultado producido, creando un riesgo que le es imputable, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso.*

Escurridizo resulta el concepto de imprudencia menos grave: hay que construirlo, según acabamos de sugerir, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes. El grupo de las imprudencias menos graves es una categoría de fronteras difusas tanto por arriba como por abajo. Debe abrirse paso como en cuña entre esas dos formas (grave y leve, que se corresponden con las tradicionales temeraria y simple) que gozaban de arraigo y contaban con ciertos criterios unificadores.

Aunque algo había dicho ya esta Sala sobre la imprudencia menos grave, no estamos en condiciones de valorar si las aclaraciones (¿o modificaciones?) que ha introducido la reforma de 2015 pueden considerarse o beneficiosas o perjudiciales para el reo (o sencillamente indiferentes que parece ser lo más exacto y así lo defiende el fiscal en su dictamen: sería norma más aclaratoria que reformadora; una interpretación auténtica según proclama el preámbulo de la Ley).

Está claro, en todo caso, ya se estime que la reforma ha ampliado los contornos, todavía poco definidos, de la imprudencia menos grave; ya se estime que los ha reducido; ya se piense que se ha limitado exclusivamente a aportar criterios orientativos que aclaran o perfilan algo más, pero no pretenden modificar, ni para ampliarlo ni para reducirlo, el ámbito de lo punible, que si un resultado producido por negligencia no grave no es encajable en la nueva formulación de la imprudencia menos grave nacida de la reforma de 2019 no será punible. Eso hace que tomemos como punto de referencia esa nueva acotación legal para abordar este asunto, conscientes, además, de que desde ese soporte legal vigente serán más provechosas de futuro las consideraciones que podamos hacer. Y, por otra parte, que, afirmada tal catalogación conforme a la norma vigente, no podrá discutirse tampoco su inclusión en la tipicidad inmediatamente precedente, aunque en esa legalidad previa no aparezca el criterio delimitador introducido en 2019.

(...) 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 arts. 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.

(...) 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 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, 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 causal-

mente 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.

(...) La reforma de 2019 ha intentado delimitar o clarificar algo ese concepto – imprudencia menos grave–. Tomando prestado un criterio que había aflorado en alguna jurisprudencia menor, establece que la presencia de una infracción grave de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) supondrá, en principio, un caso de imprudencia menos grave a los efectos de los arts. 142 y 152 CP.

(...) La glosa inicial de esta proposición normativa sugiere estas consideraciones:

a) Es claro que la referencia a una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial remite al RDL 6/2015 y su listado de infracciones graves.

b) Una segunda observación: no tiene la norma afán de proporcionar con esa remisión una definición única y excluyente de la imprudencia menos grave. Es solo una indicación orientadora. Presenta alguna singular diferencia (en cuanto no se ofrece como definitiva) a la introducida en el campo de las imprudencias graves. En este ámbito el Código reformado establece que se reputa en todo caso grave la imprudencia en la que el resultado traiga causa de algunas de las circunstancias previstas en el art. 379 (exceso de velocidad relevante en los términos allí previstos, o conducción bajo los efectos del alcohol u otras sustancias tóxicas). Al igual que ha establecido la jurisprudencia en relación al art. 380.2 (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) estamos ante una presunción legal de imprudencia grave; no ante una definición excluyente o totalizadora. Es taxativa en el sentido de que no es conciliable con la ley, producido un resultado como consecuencia de esos delitos de riesgo, degradar la imprudencia de su máximo rango legal (salvo que podamos negar la imputación objetiva: determinara la producción del hecho). Pero al margen de esos, caben otros supuestos de imprudencia grave. En el marco de la imprudencia menos grave el inciso «en todo caso» que aparecía en el texto que inspiró la enmienda desapareció.

c) La nueva caracterización de la imprudencia menos grave, presenta un relevante matiz frente a la especificación de la imprudencia grave. La presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave.

Desarrollemos esta idea:

a) Pueden aparecer supuestos en que sin identificarse una infracción administrativa grave estemos ante una imprudencia menos grave (aunque si observamos el listado extensísimo, y con algún supuesto extremadamente abierto, de las infracciones viarias graves –art. 76 de la Ley de Seguridad Vial–, eso será muy difícil: basta fijarse en la amplísima fórmula de la letra m): es infracción grave la conducción negligente). También –es lógico– existirán casos en que la infracción de tráfico administrativa adquiera la consideración de muy grave, y, sin embargo, no alcance el nivel de la gravedad a efectos penales exigido por los arts. 142 y 152. Debemos acudir entonces a la imprudencia menos grave para ofrecer la respuesta penal adecuada.

b) Pero, igualmente, son concebibles supuestos en que se constate la presencia de una infracción grave y no estemos ante una imprudencia menos grave:

1. Bien porque el Juez o Tribunal considere que la imprudencia alcanza magnitud suficiente para colmar el concepto penal de imprudencia grave. Éste sería el presente supuesto según el entendimiento del recurrente que comparte el Ministerio Fiscal.

2. O bien, en el otro extremo, por entenderse que, aunque concorra una infracción grave viaria, la imprudencia no desborda los linderos de la imprudencia leve en sentido jurídico penal. El juez o tribunal no queda convertido en esclavo de la catalogación administrativa. No estamos ante la resurrección de la imprudencia simple con infracción de reglamentos. A eso responde –y el seguimiento de la tramitación parlamentaria lo confirma– el inciso que alude a la necesidad de que el juez aprecie la entidad de la imprudencia. La presencia de una infracción grave supone una presunción de imprudencia menos grave. Emplaza, en principio, a incoar diligencias para esclarecer los hechos y delimitar la magnitud de la negligencia. Pero el Juez podría llegar a excluirla por factores varios no susceptibles de ser reducidos a un listado: Solo caben orientaciones o criterios que habrán de ir pensándose casuísticamente (v.gr., si la infracción administrativa grave es intencional o fruto de una negligencia). No es admisible otra interpretación que la de dejar esa escapatoria al arbitrio judicial descartando una dependencia absoluta de la calificación penal de la imprudencia respecto de la catalogación administrativa, menos precisa y más de brocha gorda. Un absoluto automatismo es rechazable. Así se deriva inequívocamente de ese inciso final; y, así, por otra parte, se constata si examinamos el listado de infracciones graves de la legislación viaria

La comparación con la cláusula del inciso final del art. 142.1, párrafo penúltimo lo corrobora: en todo caso se dice ahí. No encontraremos igual apostilla en la previsión paralela del art. 142.2 donde se ve sustituida por una matización: apreciada la entidad de esta por el Juez o Tribunal. El pronombre «esta» solo puede referirse a la infracción grave administrativa. No puede significar algo tan obvio e innecesario como señalar que es el Juez quien debe constatar que la conducta es encajable en alguna de las infracciones descritas en el art. 76 que ahora citaremos. Añade algo: además de ser una infracción grave según la normativa administrativa de tráfico, ha de encerrar una determinada entidad, concebida como algo más, un plus, de orden valorativo, que debe ponderar el Juzgador y que permite definitivamente excluir la levedad.

La técnica del legislador es alambicada y la interpretación tiene algo de tortuosa. La confusión se ve alimentada por el manejo de términos idénticos (grave, leve) para referirse a conceptos distintos, provocando un cierto galimatías que reclama continuas aclaraciones.

Recopilemos: la presencia de una infracción grave de tráfico –que es la pauta orientadora introducida en 2019– puede determinar: a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor



magnitud de la infracción del deber de cuidado. b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices. c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales.

Pese a lo bienintencionado de la reforma, no se logra la deseable previsibilidad normativa, previsibilidad tan importante en el Derecho penal como lo es en la imprudencia. Algo se ha avanzado, pero no se alcanza el nivel ideal de taxatividad. Se queja de ello en uno de sus dictámenes de casación la parte recurrida. Se antoja, en efecto, poco claro un marco jurídico que se podría sintetizar así: la infracción grave de una norma de tráfico (con un resultado típico) constituye un delito leve de imprudencia menos grave, sancionado con pena leve o con pena menos grave, salvo que el Juez o Tribunal considere bien que la imprudencia es grave, bien que es leve.

La utilización de unos mismos vocablos (grave, leve) con significaciones diversas (según nos estemos refiriendo al ámbito administrativo, al de la imprudencia penal, o al de la catalogación de los delitos y las penas) provoca un panorama más bien turbio.

Demos un paso más a través del análisis de la norma administrativa que se sitúa como referente –no exclusivo ni definitivo, pero sí indicador o indicario– de lo que es imprudencia menos grave a los efectos del art. 142 CP (y 152).

(...) No existe, así pues, vicariedad de la norma penal respecto de la administrativa: esta por voluntad del legislador aporta un indicativo, un criterio, un indicio de la posible catalogación como imprudencia menos grave, pero no cancela la facultad del Juzgador, para, *in casu*, razonándolo, declarar bien que es una imprudencia grave, bien que es una imprudencia leve.

Algo aporta en todo caso la mención: una infracción grave de tráfico constituye una presunción, un criterio orientativo, de que, *prima facie*, estaremos ante una imprudencia menos grave. Para desactivar esa especie de presunción, salvo casos muy claros (v.gr., y por usar un ejemplo tópico, alcance por detrás a escasa velocidad en un momento de colapso circulatorio con continuas retenciones) ordinariamente será necesario incoar diligencias, indagar y decidir mediante una motivación especial; razonar por qué en el supuesto concreto, pese a ello, la negligencia no tiene entidad suficiente para desbordar la categoría inferior (levedad).

Evidentemente esa valoración no siempre será igual. Según cual sea la infracción grave de tráfico con que operemos habrá unos matices u otros. Y siempre será imprescindible el juicio que exige la imputación objetiva.

La ya mencionada infracción de la letra m), por ejemplo, aporta o nada o muy poco pues remite al problema general ¿cómo de grave es la negligencia? En los excesos de velocidad habrá que graduar, entre otros imaginables factores, en cuánto se excedía el tope permitido: habrá supuestos muy diferenciables. Otras veces puede ser decisivo comprobar si la infracción administrativa en sí ha sido intencionada o por descuido (v. gr., al no respetarse un «ceda el paso») y ponderar las causas de esa desatención momentánea, ... No es posible un prontuario o un *vademécum* completo: será el juzgador el llamado a valorar en cada supuesto, sin perder de vista ese parámetro legal orientativo (infracción administrativa grave) del que no puede prescindir, y que le obliga *prima facie* a explicar por qué pese a constatar una infracción grave descarta la calificación como imprudencia menos grave.

La presencia de una infracción grave constituye indicio de imprudencia menos grave; presunción que, puede ser contrarrestada por una motivación suficiente a veces basada en la evidencia, tendente a mostrar que esa imprudencia en esas concretas

circunstancias y sus singulares características no alcanza ese rango intermedio y puede ubicarse razonablemente en la imprudencia leve, atípica penalmente.

(...)No podemos hablar por tanto como única hipótesis posible de absoluta falta de previsión y cuidado (imprudencia grave) por desprecio de las normas de cautela que aun la persona menos cuidadosa hubiera atendido. Pero sí resulta indudable, aún en la alternativa fáctica más favorable, de inobservancia de una diligencia de grado medio, no equiparable al estándar del más previsor, ni tampoco al del menos cuidadoso. Es una omisión de un deber de cautela y precaución medianamente exigible en las circunstancias concretas, que en este caso imponían una atención extrema. Estamos ante una imprudencia de grado medio (ni grave, ni leve) apta para ser encajada en el concepto penal de imprudencia menos grave.

(STS 421/2020, de 22 julio)

## ART. 153.2 CP

*Violencia doméstica: maltrato a menor descendiente: aplicable cuando la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente y cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

En el tercer motivo de nuevo cuestiona la adecuada subsunción del guantazo propinado a la menor en el artículo 153.2 CP, ahora en relación con la remisión que realiza al art. 173.2 CP, por entender que el tipo exige el requisito de convivencia, cuya concurrencia niega; afirma que si la víctima del maltrato es ascendiente o descendiente del autor, debe concurrir la convivencia entre sujetos activo y pasivo para subsumir el maltrato en el artículo 153 del Código Penal.

(...) No es fácil la redacción ni el seguimiento tras cada reforma de quienes establece el legislador como sujetos pasivos del delito de malos tratos habituales. En el apartado primero, el artículo 153, en su redacción actual, castiga al que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida: sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

(...) desde un inicio, se entendió pacíficamente por doctrina y jurisprudencia menor que la convivencia se exigía a los ascendientes, personas con discapacidad necesitadas de especial protección (incapaces indicaba entonces la norma) o hijos no sujetos a patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho. Dicho en negativo, para los hijos propios o del cónyuge o conviviente, sujetos a patria potestad o incluso mera guarda de hecho, nunca ha sido ni es exigida la convivencia para incurrir en la conducta típica.

(...) ni en la redacción inicial ni en las sucesivas modificaciones del tipo de malos tratos habituales, a cuya enumeración se remite el tipo de maltrato que no causen lesión, es exigido el requisito de la convivencia para integrar la condición de sujeto pasivo, para el cónyuge (plenamente clarificado desde la LO 14/1999) o persona ligada por análoga relación de afectividad, ni para los hijos propios o del cónyuge o

conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro.

Mientras que se exige en los demás casos; con una salvedad, en relación a los: i) descendientes (salvo los sujetos a potestad, tutela, curatela o guarda de hecho, pues cuentan con previsión específica individualizada); ii) ascendientes; y iii) hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (parentesco no contemplado en las anteriores redacciones), que nada se indica expresamente sobre la exigencia de la convivencia.

Y esta categoría de sujetos pasivos, es la que ha determinado una cierta confusión en la interpretación de la norma, que no resta pacífica. La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, entendió que para este grupo, no se exigía convivencia; pero tras la sentencia de esta Sala 201/2007, de 16 de marzo (luego reiterada en la 288/2012), la FGE, en su Consulta 1/2008, de 26 de julio cambia de criterio. Categoría parental esta, sin embargo, ajena a la que media en autos.

La citada sentencia 201/2007, se refería a una «hermana» y la 288/2012, a un ascendiente, en modo alguno a un hijo sujeto a patria potestad; y desde esas circunstancias debe invocarse su contenido, dado que era pacífico que en relación a la condición de sujeto pasivo de los hijos propios o del cónyuge o conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, la inexigibilidad del requisito de la convivencia; círculo que desde la reforma de 2003:

– No se restringe a los hijos, de los que se diferencian los descendientes, que dadas las categorías posteriores, comprende hijos mayores de edad, nietos, bisnietos..., o hijos menores no sujetos a su patria potestad ni de su cónyuge o conviviente, ni a su guarda de hecho, donde nada se indica sobre la necesidad de convivencia, pero donde la jurisprudencia y el actual criterio de la FGE, la exige.

– Se amplía a menores y personas con discapacidad necesitada de especial protección, para los que se exige convivencia, salvo que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Así, no solo en la inicial interpretación de las citadas sentencias 927/2000, 662/2002 y 355/2003; sino también posteriormente cuando la cuestión se suscita, como en las sentencias 108/2005 de 31 de enero, 261/2005 de 28 de febrero, 1159/2005 de 10 de octubre, 409/2006 de 13 de abril y 770/2006 de 13 de julio, que en directo análisis del artículo 153 CP, con idéntico texto, afirman: El sujeto pasivo ha de guardar una relación especial con el agente –que puede ser tanto hombre como mujer– y amplía el mismo: así en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca situaciones en que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho de uno u otro.

E incluso la STS 288/2012, de 19 de abril, que exige la convivencia en el caso de víctima ascendiente, la niega para los menores o incapaces que guarden cierto tipo de relación de dependencia con el cónyuge o conviviente del mismo, en expresa referencia a la locución normativa, se hallen la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho o de derecho; pues convivan o no, se integran en el núcleo familiar.

(...) En definitiva, resolvemos la cuestión que suscitaba interés casacional, con el pronunciamiento de que concurre el delito de maltrato de obra del artículo 153 del Código Penal, cuando la víctima sea menor aún sin convivencia, cuando se halle sujeta a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o

conviviente. Y en idénticos términos cuando la víctima fuere persona con discapacidad necesitada de especial protección.

(STS 47/2020, de 11 febrero)

## ARTS. 227 CP

### *Abandono de familia: impago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar.*

[...] el artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a «cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos».

Según el Diccionario de la Real Academia Española, prestación significa «cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto» o, en su acepción jurídica «cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal».

En el caso examinado, con independencia de la calificación o naturaleza que merezcan las cuotas hipotecarias que gravan la vivienda familiar, nos encontramos ante una resolución judicial que ha establecido la obligación del Sr. Luis Andrés «de hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca que ascendía a 1.200 euros mensuales» además de la prestación propia por alimentos a favor de sus dos hijos menores.

Tales prestaciones se fijaron con arreglo a la ley, con audiencia de ambos cónyuges, teniendo en cuenta el interés familiar, especialmente el superior interés de los dos hijos menores, y en atención a los ingresos de ambos progenitores. Con independencia de cuál sea la naturaleza de la cuota hipotecaria que gravaba la vivienda familiar como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales, lo que es evidente es que cubre una necesidad básica y que la parte que debía pagar el acusado fue tenida en consideración al fijarse, primero en la resolución judicial que puso fin al matrimonio y después en la sentencia de modificación de medidas, la pensión por alimentos que el acusado debía pagar a sus hijos, ya que en la misma resolución se acordó que aquel debía hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca.

No debe olvidarse que la hipoteca gravaba la vivienda habitual cuyo uso fue adjudicado a los hijos, y lógicamente a su madre, pero no por derecho de uso propio sino por ser a ella a quien se adjudicó la guardia y custodia de los menores. Ese derecho de uso se integra en los alimentos que los progenitores están obligados a proveer a los hijos conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil, que considera como tales «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». Expresado en otros términos, la finalidad que cumplía la adjudicación de la vivienda familiar era la de asegurar cobijo a los hijos, como interés más necesitado de protección, integrándose de esta manera en el concepto de alimentos. En el supuesto de que los cónyuges no hubieran adquirido la vivienda en propiedad como medio de atender la necesidad de habitación de sus hijos, lógicamente la reso-

lución debería haber previsto una solución habitacional alternativa en relación a los menores a la que necesariamente el acusado tendría la obligación de contribuir.

El impago por parte del Sr. Luis Andrés de la mitad de las cuotas hipotecarias ha determinado la ejecución del bien que constituía la vivienda familiar, lo que a su vez determina la privación de su hogar a los menores, y con ello de parte de los alimentos que el acusado venía obligado a proveer. No hay que olvidar que comúnmente ambos cónyuges son deudores solidarios y que el impago de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario faculta al acreedor a la venta judicial y ulterior despojo de la vivienda mediante el lanzamiento de sus ocupantes. Como consecuencia de ello, el pago de la mitad de la cuota hipotecaria que correspondía a la Sra. Diana, que opone el recurrente, no hubiera evitado la ejecución hipotecaria.

Conforme a lo expuesto, debe concluirse estimando que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal. Y en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, del resultado que la ejecución hipotecaria que pende sobre el bien pueda producir en relación a la liquidación de la sociedad de gananciales, lo que es ajeno al procedimiento penal.

(STS 570/2020, de 3 noviembre)

## ART. 305 CP

*Delito contra la Hacienda pública. Caso Gürtel: consideración como delito fiscal de la no declaración de rentas provenientes de hechos delictivos. Posturas doctrinales.*

(...) Son rechazables los argumentos de quienes niegan que el delito fiscal pueda ser antecedente del blanqueo, por los siguientes motivos:

1º) En caso de delito fiscal como antecedente del blanqueo, el objeto del blanqueo es la ganancia procedente del delito fiscal, esto es, la cuota defraudada.

No es bien objeto de blanqueo los rendimientos o base imponible que han motivado dicha cuota.

En definitiva es la cuota la que se puede lavar.

– Es rechazable el argumento de que el blanqueo dimanante de un delito fiscal vulnera el principio *ne bis in idem*, por cuanto, por un lado, la cuota defraudada es el resultado de la liquidación tributaria de un fraude al erario público, en tanto que el objeto del ulterior blanqueo es la ganancia obtenida de ese fraude, es decir la cuota tributaria.

Por otro lado, los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos. En el delito de blanqueo la doctrina mayoritaria sostiene que se afecta al orden económico, esto es «la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes» o bien «la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía». El sistema de economía de mercado está

garantizado por los poderes públicos (art. 38 CE). La base de esta concepción económica se encuentra en la libre y leal competencia, por lo que el sistema económico regular se ve afectado por la afluencia de recursos económicos que se general al margen del propio sistema, con efectos sobre la financiación de las empresas, competencia desleal y consolidación de organizaciones que contaminan el orden económico y merman la credibilidad del mercado. Algún autor apunta que el bien jurídico protegido es la seguridad interior del Estado, pero entendido como preservación del orden público, sino antes bien como interés en la erradicación de ciertas formas de delincuencia, la delincuencia organizada. En particular, cuyos objetivos consisten en la obtención de cuantiosos beneficios que es necesario legitimar o reciclar como requisito indispensable para su disfrute. De manera que en la medida que se penalizan las conductas de blanqueo, se estaría combatiendo dicha clase de delincuencia en uno de sus componentes nucleares.

Realmente nos encontramos ante un delito pluriofensivo que afecta al orden socioeconómico y a la Administración de Justicia, cuya punición está justificada por la lesividad inherente a las conductas tipificadas, así como por razones de política criminal radicadas en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el delito fiscal en relación al bien jurídico la jurisprudencia habla de la íntima relación que guarda con la función que los tributos cumplen en un Estado Democrático de Derecho, subrayando que el incumplimiento de las prestaciones patrimoniales de carácter público está presente en el tipo del injusto de este delito.

De entre las diversas hipótesis que han marcado el bien jurídico protegido –fe pública, el deber de lealtad, el palmario, la función del tributo en el Estado de Derecho– es la Hacienda pública el que prevalece, pero no desde una perspectiva exclusivamente patrimonial sino del interés del Estado y de la propia Hacienda pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley, se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público.

La STS. 643/2005 de 19.5, tras valorar que algunos sectores doctrinales desvían la esencia de la lesión hacia un delito semejante a los patrimoniales cuyo sujeto pasivo es la Hacienda pública, y aceptar que al final el perjuicio es económico, mantiene en línea de las concepciones más funcionales que la justificación de semejante delito y pena, radica en la inadmisibles vulneración de los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática, lo que conduce a un bien jurídico protegido basado en los principios constitucionales que imponen la real y leal contribución al sostenimiento de los servicios sociales y los cargos públicos, por lo que cualquier fraude tributario supone un grave atentado contra ellos.

Consecuentemente se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuricidad del hecho.

Esta Sala, con las reservas que se apuntarán, se inclina por esta última posición por las siguientes razones:

1.º) En primer lugar la norma administrativa de prevención del blanqueo de capitales, que es una transposición de la Directiva 60/2005 fue más allá de la redacción del texto europeo al recoger específicamente la cuota defraudada como objeto del blanqueo y así el art. 1.2 de la Ley 10/2010 de 28.4, sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del terrorismo –en vigor desde el 30.04.2010– dice: «a los efectos de esta Ley» se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así

como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, «con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda pública».

Es cierto que esta Ley no estaba en vigor cuando los hechos imputados al recurrente tuvieron lugar, pero la admisión de la cuota defraudada como objeto del blanqueo no se justifica solo por la Ley de Prevención, sino atendiendo a la pura aplicación del Código Penal.

En efecto en la redacción inicial del art. 301, vigente cuando sucedieron los hechos, se hablaba de delito «grave» como antecedente de un ulterior blanqueo, desde la reforma LO 15/2003 de 25.11, cualquier delito puede ser antecedente, y en virtud de la reforma LO 5/2010 de 22 junio, el párrafo 1.º del art. 301 utiliza la expresión «actividad criminal» en vez de delito, significándose en la doctrina que la razón de tal expresión es el criterio jurisprudencial de no ser necesaria una condena anterior, para sustentar su posterior blanqueo de capitales.

Por tanto, según la legislación penal española, un delito fiscal, en principio, no está excluido para poder ser delito precedente de un blanqueo, dada su consideración, en todo caso, de delito grave.

Retomando la Ley de Prevención, de acuerdo con esta, la cuota defraudada constituye un bien procedente de la actividad delictiva y, por lo tanto, objeto idóneo del blanqueo de capitales. En este sentido el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de Ley, declaró expresamente que la cuota defraudada a la Hacienda pública cuando constituye el producto de un delito fiscal, puede ser objeto de una operación de blanqueo, siempre que la cuota defraudada alcance el límite cuantitativo previsto en el tipo penal contra la Hacienda pública –120.000 E–.

No obstante la interpretación que la doctrina ha hecho de la citada Ley tampoco ha sido uniforme:

– Un sector entiende que el hecho de que el art. 1.2 de la Ley utilice la expresión «a los efectos de esta Ley...» se consideran las cuotas defraudadas a Hacienda como bienes procedentes de un delito, debe interpretarse como la clara intención del legislador de que únicamente a los efectos de la Ley de Prevención del Blanqueo y de su regulación administrativa y, por tanto, no a los efectos del Código Penal, puede considerarse que las cuotas defraudadas a la Hacienda pública proceden de delitos, pero no tiene ninguna incidencia en el ámbito penal que seguiría dejando fuera al fraude fiscal como delito previo del blanqueo de capitales.

Esta interpretación, con todo, no resulta convincente pues precisamente el objetivo de la Ley es armonizar la definición de blanqueo que se contiene en ella con la del Derecho Penal.

– Otra posibilidad es considerar que constituye un criterio de interpretación de los tipos penales relativos al blanqueo de capitales de los arts. 301 y ss. CP. Se trataría, por lo tanto, de una especie de interpretación auténtica que permitiría la persecución conjunta del delito fiscal y del blanqueo de capitales. Se estaría así configurando el tipo del art. 301 como una especie de norma penal en blanco, cuyo elemento típico bienes que «tienen su origen» (n.º 1) o «proceden» (n.º 2) de algún delito debe interpretarse por remisión a la normativa administrativa, en este caso la Ley de 2010.

Interpretación que tampoco resulta convincente por su dudosa constitucionalidad. Primero porque la propia literalidad del art. 301 CP carece de una remisión normativa expresa a normativa extrapenal alguna. Segundo, por las dudas que surgirían de cara a su compatibilidad con la reserva de Ley orgánica propia de la materia penal, que resulta necesaria en este ámbito al prever los tipos del blanqueo de capitales penas de prisión.

– Resulta por ello, razonable entender que la intención del legislador, no manifestada, no es establecer *ex novo* que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo.

(...) La cuota tributaria puede ser objeto material del delito de blanqueo

Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito fiscal, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo, pero ello no impide considerar que la cuota tributaria procede del delito fiscal.

El Código Penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia (arts. 3.1 a/b) de la Convención de Viena y art. 9 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y de la financiación del terrorismo, hechos en Varsovia el 16.5.2005, considera objeto material del delito de blanqueo los bienes que tengan su origen (art. 301.1) o «procedan» de un delito grave en la actualidad de una actividad delictiva (art. 301.2). Ambas expresiones alusivas al origen o procedencia de los bienes son equivalentes desde un punto de vista semántico. La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en un delito grave (el término «procedencia» se define en el diccionario de la RAE, como origen, principio de donde nace o se deriva una cosa. Están originados en un delito grave los bienes que tienen su «causa» en ella.

Ahora bien será necesario elaborar criterios que permitan concretar con precisión cuando un bien, en este caso la cuota tributaria, tiene su causa en una actividad delictiva previa, el delito fiscal.

La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal, en el momento en que esto sea así, se dice que los bienes están «contaminados». Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa, y así se puede afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración que incluye todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia.

Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva –en este caso el delito grave (delito fiscal)– el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquel delito. Los autores que niegan que el delito fiscal puede ser delito procedente del blanqueo señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del



delito y que éste produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, pero es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), –argumenta el sector doctrinal favorable– el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo. Y ello viene avalado por la propia descripción del art. 305 CP, que cuantifica la cantidad de dinero que constituye la cuota defraudada en más de 120.000 euros, que son los que incrementan el patrimonio del defraudador. Este dinero no estaría en su patrimonio si no hubiera defraudado a la Hacienda pública y tiene, por lo tanto, su origen y procedencia en el delito fiscal.

El delito fiscal del art. 305 CP genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero traduce dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, otorga relevancia penal a los gastos ahorrados, en este caso, a la cuota tributaria defraudada, que debe superar los 120.000 euros. Esta cuantía, es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de blanqueo. Que se encuentre ya en poder del defraudador no tiene ninguna importancia a efectos del blanqueo de capitales. Así también en las insolvencias punibles los bienes ya están en el patrimonio del deudor, y ello impide considerar que constituyen bienes que proceden de un delito, idóneos por lo tanto para ser blanqueados. El art. 257 n.º 1 CP castiga a quien se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, bienes, por lo tanto, expresamente mencionados en el tipo penal y que resultarán contaminados al menos en la cuantía de las deudas que tenga con aquellos. Y también se encuentran los bienes en poder del delincuente (aunque no le pertenezcan) en la apropiación indebida, en la que el sujeto activo los ha recibido antes de apropiárselos, y ello no impide considerarlos bienes idóneos para el blanqueo por constituir el objeto del delito.

En definitiva, la cuota defraudada constituye un bien en el sentido del art. 301 CP, que constituye simultáneamente un perjuicio para la Hacienda pública y un beneficio para el defraudador (para algún autor el incremento del patrimonio del defraudador por su actividad delictiva implica la disminución del patrimonio del erario público). Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado bien idóneo del delito de blanqueo de capitales. Por lo tanto, las conductas típicas descritas en el art. 301 CP pueden recaer sobre la cuota tributaria.

El problema, no es tanto el origen o la procedencia delictiva de los bienes, cuanto la dificultad de concretarlos e individualizarlos en el patrimonio del contribuyente, por cuanto en principio no sería admisible la teoría de que todo el patrimonio del contribuyente queda contaminado.

Siendo así, hemos de partir de que el momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se produce cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria. Hasta este momento, existe un período de temporal durante el que no es posible determinar si existe o no delito fiscal, y por ello, todo acto realizado sobre tal dinero no puede ser considerado delito de blanqueo de capitales, porque los bienes no tienen –todavía– carácter delictivo.

Una vez concretada la cuota tributaria que cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, habrá que diferenciar en su patrimonio los bienes que la integran, pues si no se puede individualizar la cuota tributaria en su patrimonio, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de blanqueo, al no existir objeto material.

El blanqueo de capitales exige la concreción de un objeto específico o una pluralidad de bienes igualmente determinados que proceden de una actividad delictiva, lo que no resulta fácil cuando se trata de dinero, bien éste fungible por excelencia.

La posibilidad de que el fraude fiscal constituye delito previo del blanqueo requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del defraudador que constituyen la cuota tributaria. En algunos casos sí será posible acreditar de manera segura que la conducta de blanqueo recae sobre bienes que forman parte de la cuota tributaria.

1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello sucederá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una parte del valor de la cuota tributaria impagada. En estos casos puede establecerse con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo.

2. Otra posibilidad es que se consiga identificar la cuantía constitutiva de la base liquidable sobre la cual no se han pagado impuestos. La cuota tributaria se determina normalmente aplicando el tipo de gravamen a la base liquidable (art. 56 LGT), y que el tipo de gravamen es la cifra, coeficiente o porcentaje que se aplica a la base liquidable para obtener como resultado la cuota íntegra (art. 55 LGT). Por lo tanto, dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.

(STS 507/2020, de 14 octubre)

## ARTS. 307 TER CP

*Delito contra la seguridad social. Falta de especial gravedad en la defraudación: para su aplicación deben valorarse conjuntamente el importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor; criterios para determinar cada uno de esos factores.*

Una peculiaridad del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que el tipo básico contemplado en el párrafo primero del apartado 1, no exige cuantía mínima para entenderse consumado, en contraste con el resto de los delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante.

Establece el párrafo segundo del artículo 307 ter 1 CP «cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo».

Cualquier análisis en relación a la aplicabilidad de esta modalidad atenuada debe partir de la consideración, que ya hemos afirmado, de ley especial que corresponde al artículo 307 ter CP respecto al delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250 y también respecto al 251, todos del CP, que le atribuye preferencia en la aplicación (ar-

título 8.1 CP). Pues si estudiáramos la relación desde el principio de alternatividad y mayor rango punitivo del artículo 8.4 CP, la modalidad atenuada del artículo 307 ter 1 párrafo segundo que ahora centra nuestra atención, quedaría siempre desplazado por el artículo 249 apartado primero si la cuantía de la defraudación fuese superior a 400 euros. Solo subsistiría con importes inferiores a esa suma, ya que su pena es de multa proporcional y por tanto pena menos grave que desplazaría a la del artículo 249.2 CP, lo que conduciría a su práctica inoperatividad.

El subtipo que nos ocupa exige que la defraudación no revista especial gravedad de acuerdo con los parámetros del importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor. A partir de una interpretación literal del precepto, el uso de la conjunción copulativa «y» sugiere indefectiblemente que los distintos indicadores que la norma contempla deben de ser valorados conjuntamente.

La figura atenuada aglutina factores que afectan al injusto –importe y medios– y a la culpabilidad –circunstancias personales–, variedad que complica su exégesis y aplicabilidad.

En cualquier caso, dado el contenido patrimonial del tipo, si bien esta modalidad atenuada debe conformarse con la valoración de los tres parámetros que el precepto contempla, goza de especial relevancia «el importe de la defraudación», que, como apunta el Fiscal, resulta básico en la fórmula, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación.

(...) Son varias las posibilidades que se nos plantean.

Tenemos que descartar la equiparación absoluta con el delito de estafa que llevaría a fijar el límite cuantitativo de la modalidad atenuada por debajo de 400 euros. Si el legislador ha decidido distanciarse en ese concreto punto de tal precedente, no es adecuado sortear su voluntad de esta manera. Además, chocaríamos con el propio texto de la norma que habla de «menor gravedad», y le asigna una pena menos grave, cuando 400 euros es la cifra tomada como dintel en los delitos de contenido patrimonial que tienen previsto su correlativa figura leve (el hurto del artículo 234.2; la estafa del 249 párrafo segundo; la apropiación indebida del 253.2; o los daños del 263.1 párrafo segundo, todos ellos CP). No encontramos justificación suficiente para la asimetría en cuanto a la penalidad que esta opción supondría en el carácter público del patrimonio que protege el artículo 307 ter, pues no es ese el criterio que sigue el Código, por ejemplo, cuando del tipo básico se trata, o al no prever una super agravación como la contemplada para la estafa en el artículo 250.2 segundo párrafo, cuando la cuantía supere los 250.000 euros. Pese al carácter público de los fondos afectados en el caso del artículo 307 ter, en estas ocasiones la estafa lleva aparejada mayor penalidad.

El Fiscal propone como límite de aplicación, que el importe defraudado no supere los 4.000 euros. Está bien argumentado. No es una cantidad caprichosa, sino referida a la malversación de caudales del artículo 433 CP, donde se ha establecido ese límite para hacer entrar en juego un subtipo atenuado; precepto que, además, tiene algunos factores de conexidad con el que ahora se contempla. Sin embargo, el paralelismo se difumina si lo ponemos en relación con aquellas figuras con las que el tipo estudiado comparte perfiles y ubicación en el CP, es decir, los restantes preceptos incluidos en el Título XIV del Libro II, «De los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social», y especialmente con los que más recientemente han merecido la atención del legislador, los artículos 305.3 y el 308 reformados por la LO 1/2019, de 20 de febrero.

Ciertamente el artículo 307 ter CP se diferencia de sus compañeros de ubicación, en que no contiene condición alguna de punibilidad derivada del importe de la defraudación, que es típica a partir del primer euro. Sin embargo, comparte otros perfiles, como la existencia en algunos casos de un tipo cualificado, que en consonancia con la inexistencia de un límite mínimo que condicione la tipicidad, para el artículo 307 ter

está fijado en una suma inferior de la que corresponde a los que sí la tienen (artículo 305 bis o 307 bis). Y con otros, el tener previsto una modalidad atenuada (artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y 308.4 dedicado al fraude de subvenciones) configurada como delito menos grave.

Respecto al precepto contenido en el artículo 305.3 CP, el límite que fija el suelo por debajo del cual se considera el comportamiento atípico, se elevó en el año 2019 de 4.000 a 10.000 euros, quedando estructurada la punición en un tipo básico aplicable a partir de 100.000 euros y hasta 600.000, una modalidad agravada cuando exceda de esa cifra y otra atenuada, prevista como delito menos grave, para defraudaciones que oscilen entre los 10.000 y los 100.000.

También en el año 2019 el legislador incorporó en el diseño típico del fraude de subvenciones del artículo 308, una modalidad atenuada para importes que, sin llegar a superar los 100.000 euros, excedieran de 10.000 (art. 308.4 CP).

Contando con la inexistencia de condiciones de punibilidad, esta configuración se corresponde de forma más equilibrada con la estructura del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social; que tendrá, cuantitativamente, un último escalón de punición que abarcará las defraudaciones de hasta 10.000 euros. En el bien entendido –como se indicó más atrás– que el referente a la cantidad es solo uno de los utilizados en el artículo 307 ter.1 párrafo segundo CP, para la constitución del tipo atenuado; de forma que, si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado.

Ya hemos dicho que el tipo exige una ponderación conjunta de los tres parámetros en liza. Lo que relativiza la cifra fijada, que tendrá relevancia determinante, insistimos, cuando sea el único estándar a considerar, pero no en el caso de que converjan con especial intensidad de uno u otro signo, agravatorio o atenuatorio, los otros dos.

4. Dentro del parámetro de los «medios empleados», sin ánimo de exhaustividad, se valorarán como factores para apuntalar la especial gravedad que excluya el subtipo, aunque la cantidad no llegue a 10.000 euros, la constitución fraudulenta de empresas y sociedades, en las que sin actividad real se simulen y aparenten relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de que, en aquellos casos en que la concurrencia de falsedades instrumentales en documentos oficial, público o mercantil, que por afectar a bienes jurídicos distintos y no venir exigidas por el tipo aboquen al concurso de delitos, la ponderación sobre la aplicación o no de la modalidad atenuada que nos ocupa habrá de evitar el incurrir en doble sanción.

5. En cuanto a las circunstancias personales del autor, en un paralelismo con la doctrina de esta Sala en relación a la modalidad atenuada que para el delito contra la salud pública prevé el artículo 368.2 CP que introdujo el mismo estándar, como circunstancias personales del delincuente habremos de considerar las situaciones, datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto, la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (entre otras STS 336/2017, de 11 de mayo). Son factores que no solo permiten, sino que exigen modular la pena ajustándola a las circunstancias personales del autor. Así como también aquellos que referencia el artículo 50.5 CP con alusión a «la situa-

ción económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares».

En el parámetro se pueden valorar aspectos tales como los conciertos criminales, los planes urdidos y la utilización abusiva de personas vulnerables o de sus documentos para aparentar las relaciones laborales inexistentes.

En definitiva, los criterios expuestos habrán de operar como pautas interpretativas en la aplicación de la modalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 307 ter.1 CP, en todo caso dotados de la flexibilidad que deriva de la interacción entre ellos.

(STS 570/2020, de 3 noviembre)

## ARTS. 335 CP

*Delitos relativos a la protección de la fauna: la caza de especies no protegidas en tiempo de veda supera el mero incumplimiento formal de una norma administrativa, suponiendo la protección del equilibrio en la conservación de las especies, la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna.*

El tipo objetivo exige la concurrencia de dos elementos: a) una acción de caza que tenga por objeto especies no protegidas de fauna silvestre (la caza de especies protegidas es sancionada en el art. 334 del CP); b) esa acción ha de recaer sobre animales cuya caza estuviera expresamente prohibida por las normas específicas sobre su caza.

Para integrar la tipicidad definida en el art. 335 del CP se hace necesario recurrir a las disposiciones generales que definen el régimen jurídico de protección de cada una de las especies. El art. 56 de la Ley 42/2007, 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, redactado conforme a la Ley 33/2015, 21 de septiembre, incluye el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, mientras que el art. 59 se ocupa del Catálogo Español de Especies Amenazadas.

El Real Decreto 1095/1989, 8 de septiembre, mediante referencia a los anexos I y II, establece las listas de las especies que pueden ser objeto de caza o pesca en todo el territorio español (art. 1), sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias en la materia, puedan excluir de ella, o autorizar, en su caso, para sus respectivos ámbitos territoriales, tanto las que no existen en estos como las que reciben medidas especiales de protección a través de su inclusión en los respectivos catálogos de especies amenazadas. Y los arts. 3 a 5 desarrollan las condiciones generales que el artículo 34 de la Ley establece con el fin de garantizar la protección de las especies objeto de caza y pesca.

El esfuerzo de integración para abarcar la tipicidad del art. 335 del CP exige también tomar en consideración toda una serie de disposiciones autonómicas. Por citar solo algunas: Ley 14/2010, 9 diciembre, de Caza en Extremadura; Ley 12/2006, 17 julio, Caza en Cantabria; Ley 7/1998, 6 de julio, Caza en Canarias; Ley 7/2003, 12 de noviembre, Caza y Pesca Fluvial en Murcia; Ley 13/2004, 27 de diciembre, Caza en la Comunidad Valenciana; Ley 1/2015, 12 de marzo, Caza en Aragón; Ley 6/2006 de 12 de abril, Caza y Pesca fluvial en Baleares; Ley 2/2011, 17 de marzo, Caza en el País Vasco; Ley 4/1996, 12 de julio, Caza en Castilla y León; Ley 13/2013, 23 de diciembre, Caza en Galicia; Ley 9/1998, 2 de julio, Caza en La Rioja; Ley 3/2015, 5

de marzo, *Caza en Castilla-La Mancha y Ley 8/2003*, 28 de octubre, sobre flora y fauna silvestre de Andalucía.

Estamos, por tanto, en presencia de un precepto –el art. 335 del CP– que responde a la técnica de la ley penal en blanco. Se trata de una norma en la que el mandato imperativo que incorpora es perfectamente asimilable por sus destinatarios, pero que exige el complemento normativo de leyes o preceptos reglamentarios que fijen su alcance.

(...) El art. 335 del CP exige que la acción de caza se proyecte sobre una especie no protegida de fauna «... cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza». Si se tratara de una especie protegida vendría en aplicación el art. 334.1.a).

Como puede observarse, tras la reforma de 2003 el Código Penal protege las especies animales distinguiendo entre aquellas especies amenazadas del artículo 334 del Código Penal, cuya caza es siempre y en todo caso ilegal y, aquellas otras especies cazables, porque así lo determinan las Comunidades Autónomas, a tenor de la normativa administrativa complementaria a la que antes hemos hecho referencia.

Las prohibiciones de cazar una determinada especie tienen distinto significado. Pueden tener carácter absoluto, pero también pueden ser de naturaleza relativa, reduciendo la prohibición a límites temporales, espaciales o relacionados con las medidas o el peso del ejemplar.

El objeto del presente recurso se centra en determinar el alcance jurídico de una limitación temporal que, en la fecha en que el juicio histórico sitúa la acción delictiva, afectaba a las especies de muflón y ciervo. Se trata, en fin, de dar respuesta al interrogante acerca del tratamiento penal de la caza en tiempo de veda, identificado, en expresión bien plástica, con el «furtivismo de temporada».

En el caso que centra nuestra atención, la caza de muflones y ciervos estaba afectada por la prohibición impuesta por Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, Orden de 1 de julio de 2016, por la que se modifica la Orden de 5 de junio de 2015, mediante la que se fijan las vedas y períodos hábiles de caza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se publican los períodos hábiles de caza para la temporada 2016-2017. Esos límites están autorizados, con carácter general, por el art. 62.3.d de la ley 42/2007, de 13 de diciembre, según el cual «se podrán establecer moratorias temporales o prohibiciones especiales cuando razones de orden biológico o sanitario lo aconsejen».

3.5.- Pese a la literalidad del art. 335 del CP, la Sala entiende que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa de caza puede ser calificado como delito. Este precepto no puede ser degradado a la condición de delito puramente formal de desobediencia a la normativa administrativa. Lo prohíbe el principio de intervención mínima, esto es, la necesidad de reservar la respuesta penal para aquellas conductas socialmente más desvaloradas. Pero la claridad de esta idea, que define un punto de partida infranqueable, no impide reconocer que en el abanico de prohibiciones coexisten, junto a incumplimientos formales, insuficientes por sí solos para colmar la antijuricidad material, otras infracciones que van mucho más allá de una simple vulneración formal. Entre estas últimas debemos incluir la caza de especies no protegidas en tiempo de veda.

En efecto, la fijación de períodos de veda no responde a una distribución puramente convencional y caprichosa del tiempo de caza. Por el contrario, responde a razones de orden biológico para facilitar la reproducción de la especie. La veda está íntimamente conectada con la conservación de las especies y el aprovechamiento sostenible de la caza, preservando los ecosistemas de los que forman parte los animales objeto de estas actividades. La definición de períodos prohibitivos de carácter cíclico tiene un valor estratégico de primer orden para la protección de la vida animal. Nada de ello, pues, es

ajeno a la protección de los recursos naturales renovables. El equilibrio en la conservación de las especies, en definitiva, la biodiversidad y la propia supervivencia de la fauna no pueden considerarse bienes jurídicos de ínfimo valor axiológico.

Cuestión distinta es la irrenunciable necesidad de que los Jueces y Tribunales, en el momento de ponderar el juicio de tipicidad, asuman unos criterios hermenéuticos teleológicamente vinculados al respeto y a la conservación de la biodiversidad, impidiendo así que infracciones formales con encaje en la microliteralidad del art. 335 conviertan en delito lo que puede ser adecuadamente tratado en el ámbito de la sanción administrativa. Son muchas las prohibiciones expresas impuestas por las normas específicas sobre caza. Algunas de ellas relacionadas con las licencias o habilitaciones personales de los cazadores, otras con los límites geográficos naturales que separan el territorio de cada comunidad autónoma o con el número o el peso de ejemplares capturados. Para que una infracción de esta naturaleza sea susceptible de respuesta penal será indispensable exigir un plus de ofensividad, un mayor desvalor material del resultado. Solo las conductas que vulneren o pongan en peligro el bien jurídico biodiversidad, son merecedoras de sanción penal.

(STS 570/2020, de 3 noviembre)

## ART. 382 CP

*Delitos contra la seguridad vial: cuando el autor pretenda con su conducta dolosa utilizar el vehículo como instrumento del delito para causar la muerte o lesionar, cometerá el correspondiente delito con dolo directo y si además pone en peligro a terceros, se aplicará un concurso real, siendo sancionadas por separado.*

La norma concursal prevista en el art. 382 CP está pensada para conceder una respuesta penalógica adecuada a aquellos hechos delictivos que causan, además del peligro, un resultado lesivo. El legislador no quiere que el delito de peligro quede absorbido en el delito de resultado, sino que se aplique un concurso delictivo, de manera que se imponga la pena del delito más grave en su mitad superior.

Pero esta norma concursal no puede ser aplicada cualquiera que sea el delito de lesión causado. Ciertamente, la literalidad de la norma no lo impide, porque únicamente se refiere a que se produzca «un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad». Pero quien con su acción se dirige a causar individualmente un resultado doloso frente a una persona en particular, utiliza el automóvil como un instrumento, no resultando afectado el riesgo causado para la circulación hacia ese concreto sujeto, porque, respecto de él, lo que quiere el autor es herirlo o matarlo. Ahora bien, si con tal acción pone en peligro concreto, como lo es en este caso, otros bienes jurídicos individuales, tal acción no puede quedar impune, sino que se aplicará, frente a ellos, la correspondiente sanción por la comisión de un delito de peligro en el ámbito de la seguridad vial.

(...) De modo que la cláusula concursal se aplicará indudablemente al resultado lesivo, cuando se trate de delitos imprudentes, y se aplicará el concurso real, como en nuestro caso, cuando existan otros bienes jurídicos puestos en juego, como la vida o la integridad física de terceros, y la acción sea dolosa. Dicho de otro modo: cuando el autor pretenda con una conducta (dolosa) utilizar el vehículo como instrumento del delito para causar la muerte o lesionar al sujeto pasivo del delito contra la vida o la integridad de las personas, al no existir propiamente riesgo para la seguridad de la vía, pues

la acción queda concentrada en el sujeto pasivo, tal acción quedará sancionada en el correspondiente delito cometido con dolo directo hacia tal víctima.

Ahora bien, cuando además del daño producido con dolo directo, se cometa un delito de peligro por afectar a la seguridad de la vía, peligro que afectará a terceros, se aplicará el correspondiente concurso real de infracciones, siendo sancionadas por separado.

Para la aplicación de la norma concursal se requiere que el autor, además del riesgo prevenido, origine un resultado lesivo constitutivo de un delito imprudente, o eventualmente con dolo eventual. El dolo directo de atentar contra la vida o causar una lesión a la víctima perseguida por el autor, impide la aplicación de la cláusula concursal, porque lo querido es llevar a cabo tal resultado. En ese supuesto, cuando se afecta la seguridad vial que incluya como bien jurídico a terceros, podrá dar lugar a un concurso real de delitos, a sancionar por separado.

Ya hemos dicho (STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019) que «el resultado no forma parte de la previsión contenida en los delitos contra la seguridad del tráfico (no es concreción del mero riesgo que genera el conducir bajo la influencia del alcohol), sino que supone una tipicidad distinta en la medida en que el coche es el instrumento empleado para la comisión de un delito contra la vida y la integridad física de las personas a las que el acusado dirigió su acción».

(STS 350/2020, de 25 junio)

## ARTS. 399 CP

### *Falsificación de certificados*

Podemos así concluir que los distintivos gráficos tienen la consideración de certificado a los efectos del artículo 399 del Código Penal, cuando confluyen en ellos las siguientes características: 1) Una previsión normativa que identifique un conjunto de productos, de servicios o de situaciones, a los que se exige cumplir unas cláusulas específicas para poder ser merecedores de una consecuencia también prevista; 2) El establecimiento de un sistema cerrado para el control de los condicionamientos impuestos; 3) La previsión normativa de un sello, o de un distintivo, al que se atribuye el significado de acreditar que concurren esas previsiones específicas en el objeto al que se incorporen y 4) Que corresponda a la administración pública vigilar la satisfacción de las exigencias de ese proceso.

(STS 343/2020, de 25 junio)

## ART. 410 CP

*Desobediencia y denegación de auxilio: Caso Inhabilitación al Presidente de la Generalitat de Cataluña. Negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.*

Argumenta también el recurrente que la Junta Electoral Central no puede ser considerada Autoridad superior a los efectos del art. 410.1 CP.



Cita en su apoyo jurisprudencia de esta Sala Segunda en el sentido de que a diferencia del delito de denegación de auxilio del apartado segundo del art. 410, la existencia de una relación jerárquica es elemento imprescindible del tipo penal de desobediencia a las decisiones u órdenes de la autoridad superior del primer apartado del referido art. 410 CP.

La STS 177/2017, de 22-3, se pronuncia sobre esta cuestión incluyendo en el art. 410.1 del CP «la negativa de autoridades administrativas a dar cumplimiento a las resoluciones judiciales o decisiones u órdenes de autoridad superior (SSTS 80/2006, de 6-2; 54/2008, de 8-4; 263/2001, de 24-2; 485/2002, de 14-6; 415/99, de 9-4 ; 8/2010, de 20-1)».

Es cierto que no faltan críticas dogmáticas a este entendimiento jurisprudencial, opiniones que ponen el acento en la necesidad de una dependencia jerárquica entre quien ordena y quien desatiende la orden.

Sin embargo, aún quienes así razonan, reconocen que la redacción actual del art. 410 CP es expresión de la voluntad legislativa de proclamar normativamente lo que ya era opinión unánime en la jurisprudencia. A ella, por tanto nos remitimos.

Compartimos el criterio del Fiscal en el sentido de que cuando el art. 410 CP habla de autoridad superior no se está refiriendo necesariamente a una superioridad jerárquica, que es lo que aquí se pretende. La Junta Electoral Central es autoridad superior en el ámbito electoral, las elecciones generales son de ámbito nacional y competencia de la administración electoral, en la que el presidente de la comunidad autónoma carece en absoluto de competencias.

(...) En cuanto a la falta de gravedad de los hechos en el ejercicio de sus derechos y desde el respeto de derecho de terceros, habrá que analizar la expresión «abiertamente» que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, tal expresión ha de interpretarse no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte «una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo para dar cumplimiento a la referida orden» es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de «omisión»), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello, es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer o lo que es lo mismo, este delito se caracteriza no solo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» (vid. SSTS 1203/97, de 11-10; 203/2001, de 24-2; 485/2006, de 14-6; 54/2008, de 8-4; 177/2017, de 22-3).

En el caso presente es claro que los requerimientos realizados por la Junta Electoral Central fueron dictados en el ámbito de sus estrictas competencias y aparece formalmente revestido con todos los requisitos exigidos para su eficacia, hay que concluir, por ello, que no cabía oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O los acuerdos de la Junta encierran en sí todos los elementos necesarios para predicar de ellos su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolecen de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una u otra opción se constituya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por otros acuerdos o resoluciones que pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discu-

tibles o cuestionables por sus servicios jurídicos de quien resulta obligado a su cumplimiento –lo que aquí no ha sucedido–.

(STS 477/2020, de 28 septiembre)

## ARTS. 439 CP

### *Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos.*

El delito previsto en el art. 439 del CP no es de fácil interpretación. En la determinación de su alcance confluyen principios que están en la base misma de la aplicación del derecho punitivo y que otorgan legitimidad democrática a la sanción penal. Hablamos del derecho penal como ultima ratio y del principio de intervención mínima, que aconsejan reservar las penas aflictivas para aquellas conductas singularmente desvaloradas por la sociedad. Las consecuencias que se derivan de este punto de partida son obvias: no toda infracción administrativa, no toda contravención de las normas que definen el régimen disciplinario del funcionariado, pueden traducirse en una sanción penal. El esfuerzo interpretativo de esta Sala no se ve precisamente aliviado cuando el mandato imperativo ínsito en la norma penal se construye con un agobiante casuismo que, por querer abarcarlo todo, entorpece la definición de los límites del tipo. Y ya no se trata solo de las dificultades asociadas a la necesidad de deslindar la infracción administrativa frente a la sanción penal, sino de los problemas de concurso normativo que de hecho se suscitan con otros preceptos penales que, en una primera lectura, abarcan similar porción de injusto (*Cfr.* art. 428 CP).

En la definición de su bien jurídico, como tantas otras veces, la referencia taxonómica del epígrafe que da vida al capítulo IX del título XIX (De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función) no es, desde luego, definitiva. Pero sí ofrece algunas de las claves para su exégesis. El bien jurídico protegido puede entenderse como un conglomerado de valores –la integridad, la rectitud, la imparcialidad en la actuación del funcionario– reconducibles a la objetividad con que la administración pública debe servir a los intereses generales.

No podemos aferrarnos a una interpretación microliteral del art. 439, que lleve a la conclusión de que la realización de actividades prohibidas por un funcionario o la ejecución por su parte de actos abusivos, siempre y en todo caso, tienen alcance penal. En la STS 636/2012, 13 de julio –con cita del ATS 2 junio 2008, referido a un delito de negociaciones prohibidas, en su modalidad de asesoramiento–, decíamos que «... no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad, que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública, puede ser objeto de persecución penal».

(...) Como hemos apuntado supra, no se trata de elevar a la categoría de delito toda infracción del régimen de incompatibilidades por agentes de la Guardia Civil. Ello supondría una inadmisibles confusión de las bases axiológicas sobre las que se asienta la norma penal. Muchas de esas infracciones encuentran el adecuado lugar de tratamiento en el régimen disciplinario. Una aproximación referencial a la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo refuerza esta idea. Son numerosos los precedentes que tienen su origen en el ejercicio de actividades denunciadas como incompatibles y que, sin embargo, no desbordaron el marco del derecho administrativo sancionador.

(...) En el espacio funcional en el que se desarrollaba la actividad de Felicísimo como agente de la Guardia Civil convergían dos intereses de imposible armonización. De una parte, lo que la sociedad espera de los encargados de asegurar el tráfico vial, que incluye entre sus objetivos que el transporte por carretera de los vehículos del gran tonelaje se desarrolle, no ya conforme a las autorizaciones legalmente previstas –dato decisivo–, sino en un marco férreo de inspección que impida la relajación de esas exigencias y la puesta en peligro de otros conductores. De otra parte, el interés personal –de más que previsible signo lucrativo– a la hora de sustraer los camiones propiedad de su esposa, titular de una empresa de transportes, a esos controles. Es difícil imaginar una colisión de intereses, una actividad prohibida y un abuso de poder tan evidentes como el que refleja el hecho probado.

(STS 89/2020, de 3 marzo)

## ARTS. 457 CP

*Simulación de delito: las denuncias de hechos delictivos sin asignar autoría, son incapaces de provocar actuación procesal directamente vinculada al hecho falso denunciado por aplicación del art. 284.2 LECrim que determina el archivo en sede policial, no motivando el delito de simulación de delito.*

Las conductas castigadas en el art. 457 CP afectan a ese bien jurídico en tanto distraen, inútilmente y para nada, medios y esfuerzos de la Administración de Justicia penal emplazándola a investigar hechos irreales. Normalmente la actuación del autor no estará guiada por ese móvil específico, que, por lo demás, no es requerido por el tipo. Cuando el propósito real consista en otra finalidad delictiva (v. gr., estafa de seguro, o encubrimiento de una apropiación indebida o hurto, o aborto fuera de los supuestos exentos de pena) estaremos ante un concurso de delitos. Pero subsistirá la tipicidad del art. 457 por la dualidad de bienes jurídicos afectados. Sea cual sea la posición que se adopte sobre la posibilidad de encajar estos supuestos (denuncia genérica en la policía sin identificar autor con móviles defraudatorios, u otros delictivos) en el art. 457, es obvio que subsistirá la otra tipicidad (estafa, apropiación indebida, hurto...). En esos casos la disyuntiva no es impunidad o sanción; sino sanción por un solo delito (el propósito delictivo final: hurto, estafa...), o dos sanciones (además, la simulación de delito como conducta instrumental).

A partir de la reforma procesal de 2015 esa perturbación de la administración de justicia que parece ser el bien jurídico protegido por el art. 457 CP, queda, en principio, excluida de raíz en casos como el que contemplamos: denuncias de hechos delictivos sin asignar autoría, en tanto son diligencias condenadas a no hacer aparición en un Juzgado de instrucción y, por tanto, incapaces de provocar actuación procesal directamente vinculada al hecho falso denunciado. Y, además, y en esto incide también la Audiencia Provincial, esa perspectiva necesariamente ha de ser captada por el denunciante, sea cual sea su grado de ignorancia procesal: el precepto obliga a comunicarle que la denuncia no será remitida al Juzgado más que en algunos casos que el simulador será consciente que no sobrevendrán ordinariamente. No puede excluirse que en algunos supuestos excepcionales por circunstancias especiales pueda entenderse como resultado no descartable desde el principio que esa denuncia llegue a la oficina judicial. Esos supuestos insólitos merecerán un tratamiento diferenciado en

cuanto el dolo del autor, al menos por vía eventual, admitirá ese resultado actuando con indiferencia frente a él. Pero cuando ese final de la denuncia es absolutamente imprevisible, la conducta en sí carecerá de idoneidad para lo que constituye, según la actual doctrina, el resultado prohibido núcleo de su desvalor y antijuricidad penal.

En esos casos no habrá delito, así pues. Puede haberlo, en cambio, cuando se simula ser víctima de un delito real, en tanto que en ese supuesto sí se abrirá una investigación con vocación de llegar al Juzgado (STS 17 de marzo de 1969).

(...) La nueva disciplina procesal hace que casos como el aquí analizado (denuncia de hechos delictivos no sucedidos sin señalar posibles autores: si se designasen nos moveríamos en el delito de acusación y denuncia falsa) carezcan de esa idoneidad: no provocarán salvo supuestos o excepcionales o anómalos actuaciones procesales.

(...) Si antes de la reforma procesal no habría más que tentativa si el atestado no llegaba al Juzgado; ahora, si el atestado no tiene por qué llegar, salvo el caso que será insólito de reclamación de oficio, al Juzgado por disposición legal, no habrá acción punible. No afecta a la consumación del delito el hecho de que se archiven las diligencias penales incoadas a raíz de la denuncia (ATS 1047/2013, de 16 de mayo); pero sí que ese archivo se produzca en la misma sede policial.

(STS 347/2020, de 25 junio)

#### ART. 468 CP

*Quebrantamiento de condena: en la expresión «estuviese privado de libertad» del art. 468.1 CP se integra el permiso penitenciario como cumplimiento efectivo de pena y por lo tanto su quebrantamiento es el de una condena privativa de libertad.*

El delito de quebrantamiento de condena y de medidas cautelares es un delito contra la Administración de Justicia por el que se va a proteger la efectividad de las resoluciones judiciales permitiendo que se cumpla con la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

Frente a una decisión judicial, como una sentencia condenatoria o una medida cautelar o de seguridad que comporte una restricción de libertad o de derechos fundamentales, el legislador impone su cumplimiento y acatamiento sin posibilidad de desobediencia, lo que se complementa con el tipo penal del quebrantamiento, conminando con una pena la conducta de incumplimiento.

Por otra parte, los permisos penitenciarios, regulados en el artículo 47 de la Ley Orgánica General penitenciaria, y 154 y siguientes del Reglamento Penitenciario, forman parte del régimen de cumplimiento y se integran dentro de la función resocializadora que informa el sistema de ejecución de penas privativas de libertad y constituye un elemento clave para asegurar el tratamiento penitenciario y la reinserción y resocialización del condenado. El Tribunal Constitucional, por todas Sentencia 112/1996, ha manifestado con reiteración que los permisos de salida están conectados directamente con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y la reinserción social, cooperando potencialmente a la preparación de la vida libertad del interno, dirigida a fortalecer los vínculos familiares y a reducir las tensiones de la vida continuada en prisión, siendo un estímulo a la buena conducta. Desde esa perspectiva el permiso se integra en el cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad impuesta.

(...) La cuestión controvertida se centra en determinar el alcance de la expresión «estuviera privada de libertad», presupuesto de la distinta penalidad. Ha de dilucidarse si la pena ha de fijarse en función de la clase de pena, medida de seguridad o medida cautelar, quebrantada o, por el contrario, la correspondencia ha de realizarse respecto de la situación personal de quien quebranta la pena o medida. En el caso objeto del presente recurso de casación, que nos sirve para fijar el criterio, el recurrente había sido condenado, y se estaba ejecutando una pena privativa de libertad por un delito contra la salud pública; el penado había incumplido su obligación, no era mero retraso, de reingresar al establecimiento penitenciario, después de disfrutar un permiso, y se encuentra en una situación fáctica de libertad, aunque jurídicamente está cumpliendo una pena privativa de libertad.

En principio, ambas posibilidades interpretativas son factibles pues, ciertamente, quien no reingresa al establecimiento penitenciario incumpliendo su obligación, o quien no regresa al establecimiento en un régimen que le permita compatibilizar estancia y salidas diarias a desempeñar una actividad laboral, se encuentra físicamente en libertad, pero también es cierto que el interno está cumpliendo una pena privativa de libertad, pues el permiso forma parte del régimen de cumplimiento normal de esa pena, y, por lo tanto, su situación jurídica es de cumplimiento de una pena privativa de libertad.

La doble previsión penológica no parece obedecer a una distinta conformación fáctica del hecho, sino que contempla que en la tipicidad del quebrantamiento, como antes se dijo, se han ampliado los presupuestos de la tipicidad, del «sentenciado o preso» a quien quebranta la condena, medida de seguridad, medida cautelar, conducción o custodia; variedad de situaciones que aconsejan una distinta penalidad debiendo prever la diversidad de situaciones susceptibles del quebranto y las situaciones que conllevan.

Como criterio general, recordemos que la previsión de penalidad establecida en los tipos penales se conecta con la gravedad del hecho efectivamente cometido, y es obvio que las penas privativas de libertad se corresponden con delitos que merecen un mayor reproche, frente a otras penas más leves. Igualmente, respecto a las medidas cautelares que impliquen una privación de libertad que proceden respecto a hechos investigados graves. En consecuencia, es lógica la previsión de una pena privativa de libertad para el quebrantamiento de una pena impuesta por un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. El quebrantamiento de una pena o una medida es más grave cuando se hace por quien ha sido condenado, o se le impone una medida privativa de libertad, por un delito grave que cuando lo quebrantado es otra clase de pena o medida. Por ello, la pena privativa de libertad del artículo 468 del Código Penal responde a la gravedad de la conducta, el quebrantamiento de una condena o medida privativa de libertad, por la intensidad y efectividad del contenido de la pena o medida.

La interpretación que entiende que la justificación de una u otra pena responde a una situación fáctica de libertad, desde la que se realiza el quebrantamiento, parte de la literalidad del aserto y de considerar que es más grave si el autor se encuentra sometido a un sistema de coacción física y, efectivamente, privado de libertad, que quien no se encuentra en esa situación de efectiva restricción física.

En apoyo de esta tesis, se pronuncia la instrucción del Ministerio Fiscal del 7 febrero 2000, al argumentar, en favor de la interpretación literal, el mayor disvalor de la acción que revela la conducta de quien elude las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción se hace realidad. Esto es, si el quebrantamiento se produce mediante la superación de límites físicos que impiden la libertad. También se ha sostenido la mejor favorabilidad en esta interpretación.

Esta argumentación, entendemos, no es del todo asumible. Basada en la mejor favorabilidad, este criterio nos llevaría a entender que lo quebrantado no es una condena, sino un permiso penitenciario y sus reglas. Por tanto, el reproche sería administrativo, lo que conduciría a una consecuencia incoherente.

La expresión «estuviese privado de libertad» se refiere a un concepto normativo del tipo que se rellena con la normativa de cumplimiento que incardina el permiso penitenciario o el régimen de cumplimiento como cumplimiento efectivo de pena y, por lo tanto, su quebrantamiento es el de una condena privativa de libertad, confirmando, en consecuencia, los pronunciamientos del Juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial en el recurso de apelación.

(STS 50/2020, de 14 febrero)

## ARTS. 491 Y 504 CP

### *Injurias y calumnias a la corona y a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado: Caso Rapero enaltecimiento del terrorismo, y contra la corona y la policía.*

Estas expresiones exceden del derecho a la «libertad de expresión» u opinión, y exceden y traspasan la línea divisoria en el marco de expresiones que puedan «herir» o «importunar», en palabras del TEDH a las instituciones, o sus representantes, para entrar en el ámbito del ilícito penal. El hecho probado descrito en las expresiones citadas incluye estas expresiones que no pueden consentirse en una sociedad donde el respeto deba ser la forma de actuar correcta y sus excesos en la medida declarada probada no puede ser admitido bajo ningún amparo. No hay crítica o queja a la monarquía o sus miembros, o incluso a su línea de actuación. Hay frases injuriosas y calumniosas que no pueden tener amparo en la opinión personal del que les expone en red social de amplia difusión. Ni aunque considere que otras personas puedan desaprobado conductas de una persona. Pero una cosa es desaprobado actitudes y otra injuriar y calumniar, porque en estas últimas existe el exceso determinante del ilícito penal.

En ningún modo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018 valida y admite que exista esa servidumbre, sino que marca claramente las directrices en orden a la posibilidad de que cualquier persona se le pueda cuestionar o criticar su posición en la vida social y pública. Pero no es el caso que se establece en esta cuestión, sino que se va más allá de la mera crítica pública respecto a la pertenencia a la monarquía y esto es lo que es delictivo y típico en el artículo 490 del Código Penal.

Tampoco puede admitirse, ni se deriva de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018, que pertenecer a la monarquía suponga una minusvaloración de los derechos que se tengan a la protección del honor. No se trata de que exista una barrera que no admita crítica la pertenencia a la monarquía, pero sí, al menos, el establecimiento de un plano de igualdad en el sentido de que si un miembro de la monarquía es víctima de injuria o calumnia puede merecer esta conducta el reproche penal que marca el tipo penal del artículo 490.

En el caso de que no se admitiera el reproche penal en supuestos como el presente supondría una anulación de un tipo penal que permite la subsunción en el mismo de los hechos probados que en este caso se citan con expresiones reiteradas tales como «mafioso», «ladrón», «borracho tirano», «basura mafiosa», «capo mafioso saqueando el reino español», «negocios sucios en Arabia Saudí», «ya denunciaron

que a Florinda maltrata», «cuántos millones y millones... han saqueado y derrochado durante tantos años... tantos miembros de la familia real», «monarquía mafiosa que da lecciones a países donde nadie es desahuciado», «negocios mafiosos del Borbón con Arabia Saudí», «entre quienes financian el ISIS queda todo», «la banda criminal de la monarquía», o incitando a la violencia como «a Inocencia, pero medio país le desea la guillotina», «Estanislao Picon, tomará su palacio la revolución», «que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles».

Se trata de expresiones que atentan al honor y que encuentran su ámbito de protección y reproche penal en el art. 491 CP. Recordemos que el art. 18.1 CE garantiza conjuntamente «los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», aunque son diferentes por su objeto específico, sus límites y sus formas de protección. El bien jurídico que se protege en los delitos de injurias y calumnias es el honor. La doctrina apunta que el honor puede ser interno o externo. El honor interno, sería el «ideal e intangible, que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona». El honor externo sería el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo, es decir, la reputación o fama social. Ambos tipos de honor han sido objeto de perturbación en este caso con las expresiones proferidas.

El exceso en cuanto a la libertad de expresión es claro y manifiesto.

No puede haber libertad de expresión cuando «se supera la barrera del límite de la mera crítica», y en este caso se supera con creces. Y lo hacemos ponderando las posibilidades que tendría el uso de la libertad de expresión en una sociedad democrática que debe admitir la crítica o los comentarios que molesten o importunen, pero no es este el caso. Se trata de claros y graves ataques al honor de la familia real.

En cuanto a la calumnia consiste en atribuir un hecho falso constitutivo de delito a otra persona, sea este perseguible de oficio o a instancia de parte, por lo que la doctrina señala que constituye un tipo agravado de la injuria. Y aquí la doctrina destaca que se requiere un temerario desprecio hacia la verdad, que debe entenderse en el sentido de que se requiere el dolo, es decir, el conocimiento eventual (doloso) de que el hecho de que se imputa es falso. Por consiguiente, «para estimar que concurre calumnia, a ese conocimiento ha de añadirse el de que la expresión que se profiere es ofensiva, sin que quepa exigir un ulterior *animus injuriandi*, ni utilizar este elemento como un criterio delimitador entre dos derechos fundamentales (la libertad de expresión y el honor) cuyos respectivos límites han de trazarse objetivamente» y es aquí donde claramente se sobrepasa con las expresiones antes citadas claramente referenciales de imputación de delitos que conlleva la comisión de la calumnia.

No existe en las expresiones que se citan ninguno de los *animus* excluyentes de este tipo penal que se citan por la doctrina en casos semejantes, y que serían: 1.– El *animus criticandi* o propósito de criticar o censurar constructivamente el comportamiento ajeno» (STC 51/1989). 2.– *Animus narrandi*: Elimina toda injuria por desenvolverse dentro del campo jurídico y de la ética. 3.– *Animus iocandi*: cuando hay una expresión deshonrosa pero dentro de un espíritu de amistad o de broma que excluye toda intencionalidad de ofender. En el caso de la calumnia, hablaríamos del *animus difamandi* o voluntad de difamar.

Pero sí el *animus injuriandi*: es la intención específica de injuriar, de promover en la sociedad el rechazo social hacia una persona mediante una expresión de desprecio, vejativa, pretendiendo el autor causar un daño en el honor del ofendido a través de la imputación (STC 170/1994). Y, además, como se sostiene por la doctrina, la calumnia es un supuesto agravado de la injuria. Se trata de una ofensa al honor a la que hay que añadir la imputación de un delito que puede suponer la posibilidad de que la autoridad judicial instruya el correspondiente sumario contra el agraviado.

(...) Las expresiones declaradas probadas no suponen «un ámbito de la crítica política, y no personal, de la institución de la monarquía en general y en particular del Reino de España». Supone un ataque personal y directo a la Casa Real y a sus miembros de modo despiadado, atacando personalmente a los mismos, y no simplemente una mera discrepancia del recurrente hacia la monarquía como institución del Estado. En modo alguno. Y esta conclusión se lleva a cabo ponderando la libertad de expresión y dónde están sus límites, el alcance de la misma y su proyección. Y en esa actitud de ponderación de la misma y de confrontación de derechos en una sociedad democrática, hay que destacar que, también, en esta misma sociedad democrática en la que se tienen derechos de libertad de expresión existe el mismo derecho de las personas a que no se atente a su honor ni que se les calumnie. Y este es el juego de la ponderación de los derechos de libertad de expresión y el del honor, en donde el exceso exacerbado en el primero entra de lleno en el ataque al segundo.

Todo ello supone un evidente menosprecio a S. M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas, sin que por tanto el art. 20.1 a) y d) CE deban operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, aunque en este caso se refiera a personas que se dedican a actividades públicas. Y es que ser persona pública no supone estar abierto a que se exprese el resto de la sociedad hacia ella en la forma que aquí se ha expuesto. Es una cuestión de límites y en este caso hay exceso grave. Se excede con mucho la barrera de ese límite y no puede encontrar abrigo la conducta del recurrente en la característica de persona pública del afectado, porque no es mera crítica. Es calumnia, injuria y ataque a su honor.

(...) Debemos recordar, y esto es relevante, que la opinión es libre, pero lo que no es libre es el insulto, la calumnia, el ataque a las instituciones del Estado, el menosprecio grave. Destaca la doctrina que el objeto de la libertad de expresión es la difusión de opiniones, ideas, juicios de valor, apreciaciones, etc. que, por su singularidad, solo están sujetos al límite de que no se trate de expresiones formalmente injuriosas.

Se incide por la doctrina en que, en otros términos, la libertad de expresión comprende el derecho a la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida o ácida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre y cuando, no se incurra en el insulto formal, o en expresiones intrínsecamente vejatorias, como en este caso se ha producido.

Y, con ello, no está permitido atacar a cualquier persona o institución sobre la que no se comulgue con sus ideas, o con su forma de actuar, porque el ataque injurioso o calumnioso no es libertad de expresión.

Y es por ello, por lo que la doctrina recuerda que fuera del ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de expresión se encuentran las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental; en consecuencia, lo único que no entra dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión son las frases formalmente injuriosas o el insulto, ya que ello no entra en los parámetros de la «crítica».

(...) Injurias y calumnias a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado (art. 504.2 CP).

Lo mismo que se ha expuesto antes cabe decirlo del tipo penal objeto de condena en el art. 504 CP, ya que suponen los hechos probados ataques a la institución de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en tanto en cuanto tampoco supone una



crítica a una institución pública como es la policía, sino que supone ataques injuriosos y calumniosos al desempeño de su función como representantes del Estado. Porque los agentes de policía en modo alguno tienen una menor protección que cualquier ciudadano. Y por pertenecer al Estado no pueden ser objeto de hechos delictivos de carácter injurioso calumnioso como coste de los hechos probados.

Tampoco se trata de una crítica vertida en cuanto a cómo funcionan las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

También en esta modalidad se va mucho más allá y se introducen en los hechos probados en mensajes que entran dentro del tipo penal del artículo 504.2 del código penal, y que incitan a la violencia, como antes se ha recogido al tipificar los hechos en el art. 578 CP. (...)

Vemos que, incluso, en ambos casos, como se apunta en la sentencia de apelación, su contenido, por la vía también del art. 578 analizado en el fundamento precedente, pone en riesgo la integridad y seguridad de la familia Real y de los cuerpos y fuerza de seguridad no solo por lo que objetivamente se dice y pretende, sino que, además, porque se trata de múltiples mensajes que se prolongan en el tiempo y que se expanden «en abierto» a sus seguidores. No se trata de tuits ocasionales, ni producto de un momentáneo desahogo o de provocaciones puntuales previas, sino obra de una actitud reiterada en la que el acusado indica a sus 54.000 seguidores lo que está bien y lo que no, quiénes son modelo y quién no, e incitando a actuar violentamente contra la Corona y los Cuerpos policiales.

Y en estos dos casos de ataques al Rey y a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, además de hostigamiento verbal contra el Rey y los Cuerpos Policiales, hay concretos actos de apoyo explícito a la violencia que se use contra ellos. De la literalidad de los tuits, en relación con el contexto en que fueron emitidos, como una opinión personal del autor desconectados de lo que podría suponer una crítica política, se puede advertir que aparecen como medio idóneo para suscitar reacciones violentas, minar la confianza en las instituciones democráticas, avivar el sentimiento de desprecio y odio contra esas instituciones y menoscabar la dignidad de las personas. No es libertad de expresión. Es odio y ataques al honor.

(STS 135/2020, de 7 mayo)

## ART. 557 BIS CP

*Desórdenes públicos: Caso Centro Cultural Blanquerna. Aplicación del subtipo agravado de manifestación o reunión numerosa: impropiedad: al sustituir la reforma de la L. O. 1/2015 la frase «gran número de personas» por «una manifestación o reunión numerosa», se ha dado mayor amplitud al alcance del tipo.*

No puede, como apunta el Fiscal, imponerse una interpretación que otorgue el artículo 570.2 del Código Penal del Código antes de la reforma, un carácter extensivo, que no tiene y además en perjuicio del reo. En efecto al sustituir la frase «gran número de personas» por «una manifestación o reunión numerosa», se ha dado mayor amplitud al alcance del tipo.

Consecuentemente para aplicar la norma con el alcance anterior, era necesario que tales actos se produjeran «con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos, que

congregarán a un gran número de personas», mientras que en la actualidad bastaría que los hechos se lleven a cabo en «una reunión numerosa o con ocasión de ella».

De ahí se puede concluir que la nueva redacción del precepto sí permitiría su aplicación al caso de autos, ya que la celebración del acto en el local Blanquerna, tendría el carácter de «reunión numerosa», pero el precepto no existía en el momento de comisión de los hechos.

Restaría dilucidar si nuestro caso resultaría subsumible en el antiguo 572.2, que requería que se realizarán en eventos o espectáculos empleando ambos términos como sinónimos como demuestra el propio legislador cuando en el segundo apartado del precepto, nos dice: «con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos...». Con lo cual, se puede entender, que el recepto evento empleado por el legislador, lo hace como sinónimo de espectáculo, y espectáculo según la Real academia es, «función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla», refiriéndose pues, única y exclusivamente a espectáculos públicos, a todos aquellos que libremente, si bien, bajo el pago o no de la correspondiente entrada, puede acceder cualquier persona y no cabe duda que la *mens legislatoris*, estaba dirigida a tipificar aquellos actos perturbadores de la paz pública que se estaban produciendo en los espectáculos deportivos. A ello se podrían añadir los conciertos, recitales musicales y otras celebraciones desarrolladas en campos de fútbol o de baloncesto, plazas de toros, y otros recintos o explanadas capaces de albergar multitud de personas.

No parece ser otra la razón de la introducción de tal precepto, por la reforma del año 2003 –nos dice el Fiscal–; pues al haberse producido alteraciones de orden público en diversos espectáculos deportivos, y concretamente en los campos de fútbol, siguiendo las Directivas Europeas y normas reguladoras de las actividades deportivas, consideró conveniente, la tipificación como agravante de tal conducta. A tal interpretación, pareció abonarse este Alto Tribunal, (si bien *obiter dicta*) cuando declaró, «la LO 15/2003 ha reformado este artículo para añadirle un segundo apartado, en donde se incriminan los desórdenes públicos particularmente en sede de acontecimientos muy numerosos (eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas), pensando el legislador seguramente en los deportes de grandes masas, y acentuando su punición en casos en que la alteración del orden público se produzca mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro o a parte o la totalidad de los asistentes» (STS 136/2007 de 8 de febrero).

Por otro lado, la asistencia al acto no tenía un carácter abierto o público, sino que se accedía con invitación personal y tras la confirmación de asistencia, y el lugar de la celebración, era una local propiedad de la Generalitat de Catalunya.

En cualquier caso, faltaría el requisito de la asistencia de gran número de personas, ya que no es lo mismo reunión numerosa (que sí sería aplicable conforme a la nueva legalidad) que «gran número de personas» que requeriría que se congregarán masas en los referidos espectáculos o eventos.

(STS 386/2020, de 9 julio)

## ART. 578 CP

*Enaltecimiento del terrorismo: Caso canciones de Raperos. La incitación a la violencia terrorista, mediante el enaltecimiento de los terroristas o de sus métodos, no puede estar amparado por la libertad de expresión.*

(...) Los hechos declarados probados no constituyen solamente una conducta de «canción provocadora». Son actos de enaltecimiento de actos terroristas y, por ende, típicos. No se trata de una expresión aislada, de un conjunto de manifestaciones de mal gusto, de expresiones incluso equívocas. Los hechos probados describen un recuerdo y enaltecimiento de conductas terroristas.

No puede, por ello, tratarse de que existe una divulgación por medio del rap del arte, o que se trataba de una denuncia social en la idea de cambiar la sociedad, ya que los hechos probados describen «algo más» en un plus de conducta que lleva el reproche penal del enaltecimiento del art., 578 CP.

La conducta probada no es una proclama de una queja ideológica en modo alguno, sino que, como se ha expuesto por ambos Tribunales, integra una «llamada al delito» y a la revuelta por medio del ejercicio de la violencia, no solo proclamándola como «vehículo» para resolver los «problemas» que, según los recurrentes, tiene la sociedad, sino recordando a destacados terroristas que la ejercieron y ofreciendo estas conductas como símbolo de referente que hace atraer el riesgo abstracto que hemos señalado concurrente en este tipo penal.

Resulta evidente el relato que efectúan ambos Tribunales en cuanto al «evidente exceso» de la conducta declarada probada que traspasa los límites y la «línea roja» de la denominada «canción protesta» con los que, a su vez, marca el tipo penal por el que son condenados.

Las expresas menciones llevadas a cabo por el Tribunal de apelación en torno al exceso de las letras de las canciones y la probanza de su «publicidad» llevan a integrar el tipo penal que es objeto de condena, sin constituir meramente una «queja ideológica» reflejada por medio de la canción en sus redes sociales.

Existe probanza de la «eficacia» de la publicidad, como se ha expuesto, ya que estos contenidos declarados probados cuentan «con unos 1.900 suscriptores y más de 400.000 visualizaciones de sus contenidos».

Por todo ello, en torno a la subsunción de los hechos probados en el tipo penal por el que se les ha condenado hay que recordar los elementos que le caracterizan:

1.- Requisitos del tipo penal del art. 578 CP:

a.- Exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos. b.- Proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deban considerarse admisibles y no censurables, o decir alabanzas de quien se considera partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende, por razón de tal participación. c.- Esta conducta va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir. d.- No queda la conducta amparada por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocadas, en el entendido de que a los fines del

terrorismo resultan extraordinariamente útiles y valiosas las aportaciones de quienes, como los recurrentes, ensalzan las acciones, justifican la violencia y expresan simpatía frente a la eliminación física del disidente siendo ese el *leitmotiv* que late en las letras que constan en los Hechos probados. e.- No se trata como se pretende en el recurso, de sancionar penalmente una discrepancia respecto de la ideología política o social de otros, o la libertad ideológica, sino, dada la forma en que se exterioriza y expresa la discrepancia, de penar la incitación, la provocación y el riesgo que genera de que terceras personas, enardecidas por esas expresiones, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales y determinados de la manera en que lo hicieron los terroristas que se pone de ejemplo, aunque se incide en que el riesgo lo es en abstracto.

3.- Elementos objetivos que integran la infracción penal:

1.- La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica el delito de terrorismo. 2.- Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. 3.- Justificar supone presentar o hacer aparecer como acciones legítimas aquello que es un claro comportamiento criminal de carácter terrorista.

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

a) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577; o b) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos.

5.- Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión o difusión que otorgue cierta publicidad, como puede ser un periódico, un acto público o un lugar con numerosa concurrencia.

6.- La barrera de protección se adelanta, siendo exigida tan solo la mera alabanza o la justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los ejecutaron.

7.- Conducta típica: Consiste en ensalzar, engrandecer, alabar, dignificar, apreciar, mostrar admiración por la actividad terrorista o la justificación, es decir, describir como justo el terrorismo como medio de solución de conflictos, esto es, una relativización o la negación de su antijuridicidad, lo cual puede suponer una cierta identificación con los autores.

8.- El enaltecimiento es algo más que la mera aprobación o el asentimiento y, la justificación es algo más que una mera explicación y, en todo caso, deben estar referidos de forma clara y determinante a la actividad terrorista tipificada como tal en el CP o de quienes hayan participado en su comisión.

9.- La identificación con el ideario terrorista no puede erigirse per se en fundamento de un tipo penal, pero el mismo supone un indicio que, si se ve reforzado con acto inequívoco de alabanza y justificación de la lucha armada terrorista, rellena el espacio del injusto de este delito.

10.- En cuanto a la forma de la comisión se requiere que el hecho sea público, es decir, conocido por la sociedad, cuando menos las expresiones de enaltecimiento y justificación sean accesibles o de dominio público.

Elemento subjetivo del tipo penal:

1.- Debe deslindarse el dolo o propósito del autor del móvil del delito. El tipo penal solo exige el primero de ellos. 2.- Se comete el delito independientemente de las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar a una persona a actuar del modo en que lo hizo. 3.- Se admite el dolo eventual en algunos casos y según las circunstancias, de tal suerte que el delito se comete si las expresiones tienen los elementos objetivos a los que se refiere. 4.- El elemento subjetivo del injusto, de tal suerte que este último es propiamente el dolo, la conciencia y voluntad de que se está cometiendo un ilícito penal, el cual se constata mediante el examen objetivo de los mensajes publicados, sin que sea posible la integración de los mismos mediante explicaciones posteriores.

2.- El riesgo abstracto. ¿Qué es el riesgo abstracto? Sobre la existencia del riesgo como elemento concurrente en este tipo de casos se han pronunciado tanto el Tribunal de instancia, como el de apelación. a.- Tal riesgo, ha de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas. b.- Se trata de que se debe comprobar si en el comportamiento formalmente ajustado a la descripción típica concurre además algún otro elemento que haga constitucionalmente tolerable la sanción penal. c.- Relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. d.- Riesgo como aptitud ínsita en la actuación imputada y que va más allá de la mera expresión emotiva, sino que busca incitar a que se apoye y ayude a los que cometen actos de terrorismo. Pues bien, se debe poner de manifiesto sobre este proceso de subsunción y *error iuris* alegado que:

1.- Se destaca la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, en la que se prevén como delitos incardinables dentro del ámbito del terrorismo.

(...) El delito tiene acogida entre los recogidos en el Título III de la meritada Directiva, en los que esta denomina «Delitos relacionados con actividades terroristas», que, en su Art. 5, bajo la rúbrica de «Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo» indica que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos».

2.- Considerando 10.º de la Directiva, que señala que «los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población.

3.- Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. Parámetros a tener en cuenta en este caso en relación al riesgo: a.- En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. b.- También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional, que es lo que interpreta en este caso concreto la resolución recurrida, que acaba entendiendo que efectivamente el acusado pretende justificar cierto tipo de terrorismo, aleccionando en su «bondad» a sus seguidores, con la intención de conseguir que alguno de ellos retome y vivifique el pasado terrorista que ensalza como ejemplo en la trayectoria de varias personas a las que se enaltece por ello, colocando a la sociedad ante el riesgo de que, nuevamente, pueda someterse a determinados colectivos a su azote. Los elementos que determinan ese riesgo abstracto se ubican en: a.- El conocimiento de los elementos objetivos del tipo. b.- La idoneidad y aptitud para objetivamente

convertir las expresiones en enaltecedoras o justificativas del terrorismo. c.- El conocimiento de su gravedad. d.- El riesgo, aunque sea abstracto, se erige como un auténtico elemento del tipo, configurando el tipo penal que analizamos como un delito de mera actividad que se agota con la realización de la conducta, sin que se exija la producción de resultado distinto del comportamiento mismo, de manera que el riesgo predicado debe encontrarse ínsito en las manifestaciones, que objetivamente deben ser idóneas para la generación de ese riesgo abstracto, para lo cual, como se ha dicho, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso. e.- Estamos ante un delito de peligro abstracto, esto es aquel en que la «peligrosidad se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano», lo que exige que el comportamiento determinado sea de hecho peligroso objetivamente *ex ante*, idóneo en el momento de la acción para producir el menoscabo lesivo, aunque no se requiera tampoco una concreta puesta en peligro *ex post*. f.- Las expresiones delictivas integran un incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal. g.- «Aptitud» es la habilidad o postura que posee una persona o cosa para efectuar una determinada actividad. h.- El riesgo se dará cuando las manifestaciones públicas sean aptas o idóneas para desplegar una actividad, y por ello se debe valorar esa aptitud o idoneidad en sí misma y en función de las circunstancias. En el caso, lo conforma dirigirse a múltiples admiradores justificando actividades violentas execrables contra colectivos que se demonizan, incitándoles a reaccionar de modo violento contra ellos y poniendo ejemplos reales de cómo hacerlo en terroristas concretos que han actuado en un entorno de entre 5 y 20 años antes. i.- Se trata de tutelar la seguridad colectiva, tanto de las personas como de los bienes, entendiéndola como la creación de un clima de garantía social en el que no se verán amenazados los bienes jurídicamente protegidos, sean individuales o colectivos. j.- Se trata de delitos de peligro abstracto en los que es necesario establecer el llamado «grado de probabilidad», esto es el llamado juicio de peligro, algo no ausente de dificultad. k.- En los delitos de peligro abstracto materiales, en definitiva, el legislador parte de que una conducta es peligrosa para el bien jurídico protegido de acuerdo con las reglas de la experiencia, no siendo necesario que en el caso concreto se demuestre que el bien jurídico haya corrido peligro.

Concurren en el presente caso los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal objeto de condena del art. 578 CP. No tiene cobertura ni amparo justificativo el que los recurrentes quieren sostener de una queja social articulada por medio del rap como «canción protesta», por cuanto los hechos probados no están ni en el límite de la frontera entre el ilícito penal y la mera protesta social, adentrándose con «eficacia» publicista en el exterior por medio de una divulgación social que ha tenido sus efectos, como se ha destacado.

La literalidad de las canciones en sus letras, como se expone en el relato probado que se ha extraído, y destacando las más relevantes, conlleva un claro acto de enaltecimiento y exaltación de la lucha terrorista como *modus operandi* en su ideología de revuelta social y como forma de expresar una solución a lo que los recurrentes entienden como «problemas sociales» y el vehículo que proponen como vía para resolverlo con una claridad expositiva evidente y sin rodeos, sino reclamando con claridad el ejercicio de la violencia y abrigando como ejemplo la conducta de destacados terroristas.

La subsunción de los hechos en el tipo penal es clara y evidente.

(STS 291/2020, de 10 junio)