

Lecciones de Derecho Penal

Parte Especial

Jorge Vizueta Fernández (Coordinador)

Carmen Alastuey Dobón

Estrella Escuchuri Aisa

Belén Mayo Calderón

Zaragoza, 2014

This work is licensed under CC BY-NC-SA 4.0

© 2013 Jorge Vizueta Fernández
Carmen Alastuey Dobón
Estrella Escuchuri Aisa
Belén Mayo Calderón

Depósito Legal: Z-131-2013

Edita: Facultad de Derecho – Universidad de Zaragoza
Campus San Francisco. c/Pedro Cerbuna 12, 50009, Zaragoza

Imprime: Taller de Edición e Impresión
Facultad de Derecho de Zaragoza
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE

ÍNDICE	3
ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
LECCIÓN 1. CUESTIONES GENERALES Y HOMICIDIO	17
I. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DEL TÍTULO I, LIBRO II, DEL CÓDIGO PENAL	17
1. Bien jurídico protegido	17
2. El objeto material de los delitos contra la vida humana independiente	18
II. EL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO	21
1. El tipo del homicidio doloso por acción	21
2. El tipo del homicidio doloso por omisión	25
3. Grados de realización del delito	26
4. Concursos	27
5. Penalidad	28
III. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE	28
1. El homicidio por imprudencia grave	28
2. El homicidio por imprudencia leve	31
LECCIÓN 2. ASESINATO	33
I. INTRODUCCIÓN	33
II. LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS CONSTITUTIVOS DEL ASESINATO.....	33
1. Alevosía	33
2. Precio, recompensa o promesa	35
3. Ensañamiento	36
III. EL TIPO DEL ASESINATO	38
1. Tipo objetivo	38
2. Tipo subjetivo	39
IV. LA CONCURRENCIA DE MÁS DE UNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS DEL ASESINATO: ART. 140 DEL CP	39
V. GRADOS DE REALIZACIÓN DEL DELITO	40
VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	41
VII. CONCURSOS	42
VIII. PENALIDAD	42
LECCIÓN 3. PARTICIPACIÓN EN SUICIDIO, HOMICIDIO CONSENTIDO Y EUTANASIA	43
I. INTRODUCCIÓN	43
II. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DEL ART. 143 DEL CP.....	43

1. La disponibilidad de la propia vida	43
2. Concepto jurídico-penal de suicida	45
3. Naturaleza jurídico-penal de la muerte del suicida	46
III. INDUCCIÓN AL SUICIDIO	46
1. El tipo del delito de inducción al suicidio	46
2. Formas imperfectas de ejecución	47
3. Formas de participación	48
4. Penalidad	48
IV. COOPERACIÓN NECESARIA AL SUICIDIO	49
1. El tipo del delito de cooperación necesaria al suicidio	49
2. Formas imperfectas de ejecución y formas de participación	50
3. Concursos	51
4. Penalidad	51
V. HOMICIDIO CONSENTIDO	51
1. El tipo del delito de homicidio consentido	51
2. Formas imperfectas de ejecución, autoría y participación	52
3. Concursos	52
4. Penalidad	53
VI. EUTANASIA	53
1. Introducción	53
2. Supuestos de eutanasia	54
3. La causa de justificación incompleta del art. 143.4 del CP.....	57
LECCIÓN 4. ABORTO	61
I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	61
II. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO	62
III. LAS MODALIDADES DEL DELITO DE ABORTO	65
1. Aborto doloso causado por un tercero sin consentimiento de la mujer o con consentimiento viciado (art. 144 CP).....	65
2. Aborto doloso causado por un tercero con consentimiento de la mujer fuera de los casos permitidos por la ley (art. 145.1 CP)	66
3. Aborto doloso causado por un tercero con consentimiento de la mujer dentro de los casos permitidos por la ley, pero faltando determinados requisitos procedimentales (art. 145 bis CP)	67
4. Causar el propio aborto y prestación del consentimiento para que un tercero cause el aborto (art. 145.2 CP)	68
5. Aborto imprudente (art. 146 CP)	68
LECCIÓN 5. LESIONES	71

I. INTRODUCCIÓN	71
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y OBJETO MATERIAL	71
1. Bien jurídico protegido	71
2. Objeto material.....	72
III. MODALIDADES DOLOSAS	73
1. Tipo básico de lesiones (art. 147.1, pfo. 1.º del CP)	73
2. Tipo atenuado de lesiones del art. 147.2 del CP	76
3. Tipos agravados facultativos de lesiones del art. 148 del CP	77
4. Tipos agravados de lesiones de resultado diferenciado (arts. 149 y 150 del CP)	80
5. Falta de lesiones (art. 617.1 del CP), falta de malos tratos (art. 617.2 del CP) y conversión de estas faltas en delito (art. 147.1, párrafo 2.º, del CP).....	85
6. Figuras especiales	87
IV. MODALIDADES IMPRUDENTES	95
1. Lesiones imprudentes constitutivas de delito.....	95
2. Lesiones imprudentes constitutivas de falta.....	96
V. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES	96
LECCIÓN 6. DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS	97
I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	97
II. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL	98
1. Tipo básico de detención ilegal.....	98
2. Tipos atenuados de detención ilegal	101
3. Tipo agravado de detención ilegal	102
III. EL DELITO DE SECUESTRO	103
1. Tipo básico de secuestro	103
2. Tipo atenuado de secuestro	104
3. Tipo agravado de secuestro	104
IV. TIPOS AGRAVADOS COMUNES A LAS DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS.....	104
1. Las agravaciones previstas en el artículo 165 CP	104
2. Tipo agravado recogido en el artículo 166 CP	105
3. Detención ilegal cometida por autoridad o funcionario (artículo 167 CP) ...	106
V. CASTIGO DE LOS ACTOS PREPARATORIOS	107
VI. RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS.....	107
LECCIÓN 7. AMENAZAS	109
I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	109
II. CUESTIONES COMUNES	110
1. Tipo objetivo	110
2. Tipo subjetivo	111
3. Formas imperfectas de ejecución	111

4. Autoría y participación	111
5. Concursos	111
III. CLASES DE AMENAZAS	112
1. Amenazas de un mal constitutivo de delito del artículo 169 CP.....	112
2. Amenazas de un mal constitutivo de delito del artículo 170.1 CP (amenazas a grupos).....	114
3. El delito de reclamación pública de acciones terroristas (art. 170.2 CP).....	114
4. Amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito.....	115
5. La figura del chantaje	116
6. Faltas de amenazas	118
7. Delitos de amenazas relacionados con la violencia de género y doméstica..	118
LECCIÓN 8. COACCIONES	121
I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	121
II. TIPO BÁSICO	122
III. TIPOS AGRAVADOS	126
1. Coacciones que tienen por objeto impedir el ejercicio de derechos fundamentales	126
2. Coacciones inmobiliarias	126
IV. LA FALTA DE COACCIONES	127
V. DELITOS DE COACCIONES RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA	128
LECCIÓN 9. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL	131
I. INTRODUCCIÓN	131
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	131
III. CONCEPTO DE TORTURA, DE TRATOS INHUMANOS Y DE TRATOS DEGRADANTES EN LOS TEXTOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	132
IV. ESTUDIO INDIVIDUALIZADO DE LAS FIGURAS DELICTIVAS.....	133
1. El delito de trato degradante.....	133
2. El acoso laboral y el acoso inmobiliario	135
3. El delito de violencia doméstica habitual.....	137
4. El delito de tortura.....	139
5. Otros atentados a la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario público.....	141
6. Comisión por omisión por parte de autoridad o funcionario público de los delitos contra la integridad moral.....	141
V. CLÁUSULA CONCURSAL	142
LECCIÓN 10. TRATA DE SERES HUMANOS	143
I. INTRODUCCIÓN	143
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	144

III. TIPO BÁSICO DE TRATA DE SERES HUMANOS	144
IV. TIPOS AGRAVADOS DE TRATA DE SERES HUMANOS	145
V. CASTIGO DE LOS ACTOS PREPARATORIOS	146
VI. CONCURSO CON OTROS DELITOS.....	146
VII. REINCIDENCIA INTERNACIONAL	147
VIII. EXCUSA ABSOLUTORIA PARA LA VÍCTIMA.....	147
IX. EL CASTIGO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	147
LECCIÓN 11. AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES	149
I. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	149
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES	149
III. LAS AGRESIONES SEXUALES	150
1. La distinción entre agresiones y abusos sexuales: los conceptos de violencia e intimidación	150
2. El tipo genérico de atentado a la libertad sexual con violencia o intimidación (artículo 178).....	153
3. El delito de violación (artículo 179)	155
4. Concurso de delitos	158
5. El delito continuado	159
6. Los tipos agravados comunes a los arts. 178 y 179 CP (artículo 180)	159
IV. LOS ABUSOS SEXUALES	164
1. Abusos sexuales en los que no hay consentimiento (arts. 181.1, 4 y 5)	165
2. Abusos sexuales sobre personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (artículo 181. 2, 4 y 5 CP).....	166
3. Abusos sexuales prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta (art. 181.3, 4 y 5).....	169
4. Abusos sexuales interviniendo engaño (artículo 182 CP)	170
V. ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS ..	171
1. Introducción	171
2. El artículo 183 CP	172
3. El artículo 183 bis CP	174
VI. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	175
LECCIÓN 12. ACOSO SEXUAL.....	177
I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS Y BIEN JURÍDICO	177
II. EL TIPO BÁSICO: EL ACOSO SEXUAL SIN PREVALIMIENTO DEL ARTÍCULO 184.1.....	177
1. Sujeto activo.....	178
2. La conducta típica	178

3. El tipo subjetivo	179
III. EL TIPO AGRAVADO: EL ACOSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO O CON EL ANUNCIO DE UN MAL DEL ARTÍCULO 184.2	179
IV. EL TIPO AGRAVADO DE LOS DOS ANTERIORES (ARTÍCULO 184.3) .	181
V. PROBLEMAS CONCURSALES	181
1. La relación concursal existente entre el acoso sexual y las lesiones psíquicas	181
2. La relación concursal existente entre el acoso sexual y el delito del art. 443.1	181
3. La relación concursal existente entre el acoso sexual y el delito de amenazas	181
4. La relación concursal existente entre el acoso sexual y el abuso sexual con prevalimiento.....	182
5. La relación concursal que existe entre el delito de acoso sexual y el delito de tratos degradantes del art. 173.1	183
LECCIÓN 13. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO	185
I. INTRODUCCIÓN	185
II. EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO (artículo 195)	185
1. El bien jurídico protegido.....	185
2. El tipo básico (artículo 195.1 y 2)	187
3. El tipo agravado: la omisión de socorro a víctima de accidente (artículo 195.3)	192
III. DENEGACIÓN Y ABANDONO DE ASISTENCIA SANITARIA (ART. 196)	194
LECCIÓN 14. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS	197
I. INTRODUCCIÓN. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	197
II. DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS (art. 197.1 CP).....	198
III. EL TIPO BÁSICO DEL DELITO CONTRA LA LIBERTAD INFORMÁTICA (art. 197.2 CP)	201
IV. EL DELITO DE ACCESO ILÍCITO A DATOS Y SISTEMAS INFORMÁTICOS (art. 197.3 CP)	202
V. TIPOS AGRAVADOS	203
1. Revelación, difusión o cesión de datos, hechos descubiertos o imágenes captadas de los números 1 y 2 del artículo 197 (art. 197.4 párrafo primero CP)	203
2. Realización de las conductas de los números 1 y 2 del artículo 197 CP por personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (art. 197.5 CP)	203
3. Realización de hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o cuando la víctima fuere un menor de edad o incapaz (art. 197.6 CP)	204
4. Realización de estos hechos con fines lucrativos (art. 197.7 CP)	204

5. Comisión de estos hechos en el seno de una organización o grupo criminal (art. 197.8 CP).....	204
VI. DELITO DE «RECEPTACIÓN DE DATOS ÍNTIMOS» (art. 197.4. párrafo 2º CP).....	204
VII. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INFORMÁTICA REALIZADOS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO	205
VIII. REVELACIÓN DE SECRETOS LABORALES O PROFESIONALES	205
IX. AGRESIONES A DATOS RESERVADOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	207
X. DISPOSICIONES COMUNES (art. 201 CP).....	207
LECCIÓN 15. ALLANAMIENTO DE MORADA, DOMICILIO DE PERSONAS JURÍDICAS Y ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO.....	209
I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	209
II. ALLANAMIENTO DE MORADA	210
1. Tipo básico	210
2. Tipo agravado por violencia o intimidación	213
III. ALLANAMIENTO DE DOMICILIOS DE PERSONAS JURÍDICAS Y ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO	214
1. Tipo básico	214
2. Tipo agravado	214
IV. TIPO AGRAVADO COMÚN POR LA CONDICIÓN DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO DEL SUJETO ACTIVO.....	215
V. LA FALTA DEL ARTÍCULO 635 CP.....	215
LECCIÓN 16. DELITOS CONTRA EL HONOR.....	217
I. INTRODUCCIÓN	217
II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: CONCEPTO DE HONOR	217
III. LA INJURIA	219
1. La tipicidad	219
2. La antijuridicidad: las causas de justificación aplicables en estos delitos	226
3. La <i>exceptio veritatis</i> en el delito de injuria	230
4. Concurso de leyes y de delitos	232
IV. EL DELITO DE CALUMNIA	233
1. Tipo objetivo	233
2. Tipo subjetivo	233
3. El tipo agravado: la calumnia realizada con publicidad	234
4. La aplicación de la falta de injurias	234
5. Concurso de leyes	234
6. La <i>exceptio veritatis</i> en la calumnia.....	235

V. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA EL HONOR	235
1. Las disposiciones que hacen referencia a los medios o formas de ejecución en la injuria y en la calumnia, que producen un tratamiento penal agravado (arts. 211 y 213)	235
2. Las disposiciones relativas a la responsabilidad civil (arts. 212 y 216).....	236
3. El supuesto recogido en el art. 214	236
4. Las disposiciones relativas a la perseguibilidad de los delitos de injurias y calumnias (art. 215. 1 CP).....	237
5. La eficacia del perdón en las injurias y calumnias (art. 215. 3).....	237
LECCIÓN 17. INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO	239
I. CONSIDERACIONES GENERALES	239
II. CONCEPTO DE PATRIMONIO	239
III. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LO INJUSTO DEL “ÁNIMO DE LUCRO”	242
IV. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO	243
V. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	243
1. La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP	243
2. El castigo de los actos preparatorios (art. 269)	244
LECCIÓN 18. HURTO.....	245
I. SISTEMATIZACIÓN LEGAL DE LAS FIGURAS DELICTIVAS	245
II. TIPO BÁSICO	245
1. Bien jurídico protegido	245
2. Tipo objetivo	246
3. Tipo subjetivo.....	249
4. Antijuridicidad	250
5. Grados de ejecución del delito	250
6. Autoría y participación.....	251
7. Concursos	251
8. Penalidad	252
III. TIPOS AGRAVADOS.....	252
IV. FALTA DE HURTO	254
V. LA CONVERSIÓN DE LA FALTA EN DELITO EN CASO DE HABITUALIDAD	254
VI. SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA (<i>FURTUM POSSESSIONIS</i>).....	255
LECCIÓN 19. ROBO	257
I. INTRODUCCIÓN	257
II. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS	257
1. Concepto legal de fuerza en las cosas	257

2. Tipo básico	264
3. Tipos agravados	264
III. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS	266
1. Concepto de violencia y de intimidación	266
2. La relación de la violencia o la intimidación con el apoderamiento	268
3. Tipo básico	268
4. Tipos agravados	268
5. Tipo privilegiado	269
LECCIÓN 20. EXTORSIÓN. ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS	271
I. LA EXTORSIÓN	271
II. EL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS	273
1. Bien jurídico protegido y sistematización de las figuras delictivas	273
2. Tipo básico	273
3. Hurto de uso por acumulación de faltas	275
4. Tipos agravados	275
LECCIÓN 21. USURPACIÓN	277
I. CONSIDERACIONES GENERALES	277
II. LOS DISTINTOS TIPOS PENALES	277
1. Ocupación de inmuebles y usurpación de derechos reales inmobiliarios con violencia o intimidación	277
2. Ocupación pacífica de inmuebles	279
3. Alteración de términos o lindes	280
4. Distracción del curso de las aguas	281
LECCIÓN 22. ESTAFA Y APROPIACIÓN INDEBIDA	283
I. INTRODUCCIÓN	283
II. LA ESTAFA	283
1. Sistematización de las infracciones	283
2. El bien jurídico	284
3. Elementos integrantes del tipo básico de estafa	284
4. La distinción entre la estafa y otros delitos patrimoniales	289
5. Grados de ejecución	290
6. Problemas concursales	290
7. Las estafas impropias	291
8. Tipos agravados	293
9. Tipos específicos de estafa	296
10. La responsabilidad de las personas jurídicas	298
III. LA APROPIACIÓN INDEBIDA	298
1. Introducción. Las dos figuras delictivas que se contienen en el artículo 252	298
2. El tradicional delito de apropiación indebida	299
3. El delito de administración fraudulenta	309

LECCIÓN 23. TRÁFICO DE DROGAS	313
I. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	313
II. TIPO BÁSICO	314
1. Tipo objetivo	314
2. Tipo subjetivo.....	317
3. Supuestos de atipicidad	317
4. Penalidad	319
III. TIPO ATENUADO DEL ART. 368, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CP	319
IV. TIPOS AGRAVADOS DEL ART. 369 DEL CP	320
V. TIPOS AGRAVADOS DEL ART. 370 DEL CP	324
1. Supuestos.....	324
2. Penalidad	326
VI. EL ART. 369 BIS.....	327
VII. OTRAS DISPOSICIONES	327
LECCIÓN 24. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL.....	329
I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO	329
II. DELITOS CUYA CONDUCTA TÍPICA CONSISTE EN <i>CONDUCIR</i>	330
1. Elementos comunes	330
2. Delito de conducción con velocidad excesiva.....	331
3. Delito de conducción con altas tasas de alcohol	333
4. Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.....	335
5. Delito de conducción con temeridad manifiesta	337
6. Delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás.....	339
7. Delito de conducción sin permiso o licencia.....	341
8. La regla concursal del art. 382 del CP	343
III. DELITOS CUYA CONDUCTA TÍPICA NO CONSISTE EN <i>CONDUCIR</i> ...	344
1. Delito de negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol y detección de otras drogas	344
2. Delito consistente en originar (o no eliminar) un grave riesgo para la circulación	347
IV. EL ART. 385 TER DEL CP.....	349
V. EL COMISO DEL VEHÍCULO DE MOTOR O CICLOMOTOR	350
BIBLIOGRAFÍA	351

ABREVIATURAS

art.: artículo

arts.: artículos

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CC: Código civil

CE: Constitución española

CP: Código Penal

FGE: Fiscalía General del Estado

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOIVE: Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

LOPDP: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LTCVMSV: Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial

RD: Real Decreto.

RGC: Reglamento General de Circulación

SAP: sentencia de la Audiencia Provincial

ss.: siguientes

SsAP: sentencias de la Audiencia Provincial

SsTC: sentencias del Tribunal Constitucional

SsTS: sentencias del Tribunal Supremo

STC: sentencias del Tribunal Constitucional

STS: sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

PRÓLOGO

Estas *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, realizadas por un grupo de profesores de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, están dirigidas a los alumnos de nuestra Facultad de Derecho que estudian en segundo curso la asignatura *Derecho penal, Parte especial*, de 9 créditos ECTS. El presente trabajo no incluye el tratamiento de la totalidad de los delitos y faltas contenidos en los Libros II y III del Código Penal. Una obra de estas características sería inabarcable en el reducido tiempo del que disponemos —cuatro meses— para adentrarnos en la apasionante, y a veces minusvalorada, parte especial del Derecho penal. Nos hemos limitado, por ello, al estudio, en 24 lecciones, de un grupo de delitos y faltas de gran interés dogmático e importancia práctica.

El estudio de los delitos y faltas analizados en estas *Lecciones* incorpora las últimas reformas que ha experimentado el Código penal de 1995, especialmente la operada por la Ley Orgánica 5/2010, que afecta a un importante número de preceptos. En el tratamiento de los múltiples problemas dogmáticos que presentan las infracciones penales analizadas se han tenido en cuenta, no solo las opiniones de los autores que han trabajado sobre estos delitos y faltas, sino también las soluciones aportadas por la jurisprudencia, unas veces coincidentes con las de la doctrina, y otras no. Se cita, por ello, un gran número de sentencias, del Tribunal Supremo y de tribunales inferiores, para que el alumno, en aquellos puntos que le susciten un mayor interés, pueda con su lectura hacerse una idea cabal de cómo se aplica nuestro Derecho penal.

Con estas *Lecciones* hemos pretendido que nuestros alumnos tengan una herramienta clara y accesible que les proporcione los fundamentos teóricos necesarios para estar en disposición de poder dar una solución jurídico-penal a los diversos supuestos reales que puedan plantearse.

Los autores

Zaragoza, a 16 de enero de 2013

LECCIÓN 1*

CUESTIONES GENERALES Y HOMICIDIO

I. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DEL TÍTULO I, LIBRO II, DEL CÓDIGO PENAL

El Título I del Libro II del CP contiene bajo la rúbrica *Del homicidio y sus formas* los delitos de homicidio doloso (art. 138) y por imprudencia grave (art. 142), el delito de asesinato (arts. 139 y 140), la provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos de homicidio doloso y asesinato (art. 141), la inducción y cooperación necesaria al suicidio, el homicidio consentido y la eutanasia (art. 143). Antes de entrar en el estudio concreto del delito de homicidio doloso, conviene hacer referencia a dos cuestiones que afectan a todos los delitos contenidos en el Título I: el bien jurídico protegido y su objeto material.

1. Bien jurídico protegido

La vida humana constituye un derecho reconocido por diferentes textos internacionales, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 o el *Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* de 1950, y, a nivel nacional, por el art. 15 de la CE, que comienza diciendo “*todos tienen derecho a la vida*”. La vida humana ha de concebirse en un sentido naturalístico. Su existencia viene determinada conforme a criterios biológicos y fisiológicos, y no está condicionada por criterios valorativos. Habrá vida, pues, siempre que concurren los correspondientes presupuestos físico-biológicos, con independencia de la calidad (persona joven o anciana) o viabilidad (persona sana o enfermo grave) de esa vida, sin que su misma existencia dependa de valoraciones sociales, como pueden ser el interés que el Estado o el propio titular del derecho a la vida tenga en su mantenimiento.

Hemos descartado la idea de que criterios valorativos puedan determinar qué es vida humana y qué no lo es. Sin embargo, no es incompatible con el concepto de vida humana arriba defendido que ciertas valoraciones sociales se tengan en cuenta para proteger con mayor o menor intensidad la vida humana. Y así, por ejemplo, el CP no protege con la misma intensidad la vida del embrión o feto que la vida del ser humano ya nacido, como se infiere del distinto castigo previsto en los delitos de aborto y homicidio, ni la vida humana de quien ha consentido su destrucción (homicidio consentido) que la vida humana destruida en contra de la voluntad de su titular (homicidio o asesinato).

La vida humana es el sustrato común de dos bienes jurídicos de distinto rango: la vida humana dependiente o intrauterina, protegida por los preceptos dedicados al delito de aborto (arts. 144 y ss.), y la vida humana independiente o extrauterina, tutelada por las disposiciones contenidas en el Título I, Libro II, del CP (arts. 138-143). No obstante, las figuras delictivas comprendidas en este título no agotan el catálogo de delitos contra la vida humana independiente. Otros delitos regulados en otras partes del CP también lesionan el bien jurídico vida humana independiente,

* Jorge Vizueta Fernández

como es el caso, por ejemplo, del homicidio del Rey o personas asimiladas en la protección (art. 485), homicidio cometido en relación con organizaciones o grupos terroristas (art. 572.2.1.º), homicidio de un Jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado (art. 605.1), homicidio con propósito genocida (art. 607.1.1.º), etc.

2. El objeto material de los delitos contra la vida humana independiente

El objeto material sobre el que recae la acción de matar de los delitos del Título I, Libro II, del CP está representado por un ser humano ya nacido y todavía vivo distinto del propio autor. Por ello, quien se causa su propia muerte (suicida), no realiza el tipo del homicidio pues no concurre uno de sus elementos, el objeto material.

En relación con el objeto material se plantea el interesante problema de determinar sus límites mínimo y máximo, esto es, debemos precisar el comienzo y el final de la vida humana independiente.

2.1. Comienzo de la vida humana independiente

La fijación del momento en que acaba la vida humana dependiente o intrauterina y comienza la vida humana independiente o extrauterina es de la máxima importancia, pues de ello va a depender, entre otras cosas, que nos encontremos en el ámbito del delito de aborto (cuyo objeto de protección es la vida humana dependiente) o, por el contrario, en el ámbito del delito de homicidio o asesinato, con lo que ello supone en cuanto a la pena que deberá imponerse, más elevada si se trata de un homicidio o asesinato que si nos encontramos ante un aborto.

La vida humana independiente comienza con el nacimiento. Este, sin embargo, no es un hecho instantáneo, sino un proceso que comienza con el parto (las labores del parto) y acaba con el corte del cordón umbilical e inicio de la respiración pulmonar. Por ello es necesario fijar un momento en este proceso biológico a partir del cual pueda decirse que el ser humano ha dejado de tener vida dependiente para pasar a tener vida independiente.

No hay en doctrina y jurisprudencia una opinión unánime acerca del comienzo de la vida humana independiente. Este se ha fijado en el comienzo de las labores del parto, en el comienzo de la expulsión del feto, en el momento en que este es visible y pueda actuarse contra él directamente desde el exterior, en la completa expulsión del feto del claustro materno, en la completa expulsión más el corte del cordón umbilical o, incluso, en el momento en que el feto comienza a respirar de forma autónoma (comienzo de la respiración pulmonar).

La STS de 29 de noviembre de 2001 fijó el comienzo de la vida humana independiente en el momento del inicio del parto: *“con el comienzo del parto se pone fin al estadio fetal. Este comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, de manera que a partir de dicho momento se pone en peligro no la vida de un feto sino la de una persona”*. En la doctrina, aunque existen también partidarios de esta última opinión, la mayor parte de los autores defienden, con razón, el criterio de la completa separación del claustro materno (también para los supuestos de cesárea), sin exigir actos o hechos posteriores, como el corte del cordón umbilical o el comienzo de la respiración pulmonar. En efecto, la completa expulsión o separación del feto del claustro materno constituye el cambio sustancial, cualitativo, de la vida humana, que deja de ser dependiente o intrauterina,

para transformarse en independiente o extrauterina. Los hechos posteriores a este momento, como el corte del cordón umbilical o el comienzo de la respiración pulmonar, no suponen cambios cualitativos si los comparamos con el hecho mismo de la expulsión, por lo que deben considerarse irrelevantes a los efectos de determinar el objeto material del delito de homicidio y sus distintas formas.

Aunque exista completa separación del claustro materno, no podemos hablar de vida humana independiente cuando el feto ha nacido muerto o cuando haya sido expulsado, de forma espontánea o provocada, en un momento en el que todavía no ha alcanzado la madurez embriológica necesaria para poder vivir fuera del útero materno. La producción de la muerte de un feto embriológicamente inmaduro (sin capacidad de vivir fuera del útero materno) que haya sido expulsado vivo, no constituirá por ello un delito de homicidio sino, en su caso, un delito de aborto (STS de 6 de diciembre de 1985). No es necesario, sin embargo, que el feto nacido vivo, con madurez embriológica, sea viable, esto es, tenga aptitud para seguir viviendo; no es preciso que concurra en él un pronóstico favorable de supervivencia. Cometerá, por tanto, un delito de homicidio quien mate a un recién nacido vivo, con vida independiente, que padezca una gravísima enfermedad que le habría causado una muerte próxima.

2.2. Final de la vida humana independiente

La vida humana independiente acaba con la muerte. Esta constituye el límite máximo del objeto material del delito de homicidio y sus distintas formas. Al igual que ocurre con el nacimiento, la muerte no es un acontecimiento instantáneo, sino un proceso que va afectando de forma gradual y progresiva a los distintos órganos y tejidos del cuerpo. Debemos fijar un momento a lo largo de este proceso a partir del cual se pueda decir que ya no existe vida humana independiente, tarea esta nada sencilla.

No podemos fijar el momento de la muerte en el instante en que cesa toda actividad biológica del ser humano, pues hay evidencia de dicha actividad (crecimiento de uñas y pelo) incluso cuando el cadáver se encuentra ya en fase de descomposición. Debemos rechazar, por ello, a efectos jurídicos, un concepto puramente biológico de muerte, y formular un concepto legal con un contenido médico-valorativo.

Hasta hace unas décadas, el Derecho penal asumió el criterio tradicional de la Medicina, que consideraba que una persona había muerto cuando cesaban de manera irreversible las actividades respiratoria y circulatoria (cese de las funciones cardiorrespiratorias). Sin embargo, los avances técnicos en el ámbito de la Medicina, capaces de recuperar y mantener de forma artificial las funciones respiratoria y circulatoria de una persona, convirtieron en problemático este criterio. En efecto, si la muerte de una persona se fija en el cese irreversible de las actividades respiratoria y circulatoria, pero existen aparatos capaces de mantener artificialmente estas funciones, surge la cuestión de hasta cuándo debe mantenerse a una persona conectada a tales aparatos: ¿deberían prolongarse en los hospitales la respiración y la circulación asistida hasta el límite de lo técnicamente posible aunque existiera la certeza de que ese paciente no volverá a recuperar nunca más su actividad respiratoria y circulatoria espontáneas? El miedo a que los hospitales se convirtieran en depósitos de “vidas en conserva” o de “muertos vivientes” motivó la reformulación del concepto de muerte (Peñaranda).

No fue esta, sin embargo, la única razón que motivó la revisión del tradicional concepto de muerte. Seguir fijando el momento de la muerte en el cese irreversible de las actividades respiratoria y circulatoria, imposibilitaría prácticamente algunos tipos de trasplantes, como el de corazón. Si hubiera que esperar al cese irreversible de las actividades respiratoria y circulatoria en el donante para considerarlo muerto y así poder proceder a la extracción, habría órganos que por la falta de oxígeno sufrirían daños que los harían inservibles para poder trasplantarlos. En este contexto se hizo necesario adelantar el momento de la muerte con la finalidad de poder utilizar los órganos del donante en las mejores condiciones posibles, garantizando en todo caso, claro está, la protección del moribundo, que debe considerarse prioritaria.

La muerte se caracteriza por constituir un proceso irreversible. Esta peculiaridad debe condicionar la determinación del momento en que aquella se produce, que debe coincidir con la «lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano, aunque otras partes del cuerpo mantengan una existencia biológica» (Romeo). A diferencia del cese de la actividad cardiorrespiratoria, reversible en muchos casos con ayuda de determinados instrumentos, la muerte cerebral es un dato, hoy por hoy, absolutamente irreversible. El cerebro que sufre una lesión o deterioro sustancial es, hasta la fecha, totalmente irrecuperable. Partiendo de esta idea de la muerte como proceso irreversible, la mayor parte de la doctrina considera que el momento de la muerte viene determinado por el cese irreversible de las funciones cerebrales (muerte cerebral).

Distinto del concepto de muerte, esto es, del criterio seguido para determinar el momento de la misma (que hemos fijado en el cese irreversible de las funciones cerebrales), son los métodos y procedimientos con que se comprueba su producción. Y en relación con las técnicas de diagnóstico de la muerte, ha tenido siempre especial importancia la legislación sobre extracción y trasplante de órganos. El Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos —que desarrolla la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos— establece en su art. 3.4 que “*el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas, conforme establece el artículo 10*” (en este último precepto se recogen las comprobaciones que hay que realizar para determinar la muerte de una persona candidata a donante de órganos, aplicables en caso de trasplantes). El cese irreversible de las funciones cerebrales, verdadero momento que determina la muerte de una persona, puede diagnosticarse, y será lo más común, con la paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración, pues ello conduce necesariamente en pocos minutos a la destrucción del cerebro. Hoy en día sigue siendo este procedimiento (paralización prolongada del corazón y el cese de la respiración) el medio fundamental para constatar la producción de la muerte cerebral. En casos especiales, como por ejemplo en la extracción de ciertos órganos para proceder a un trasplante o en la interrupción o desconexión de aparatos de asistencia intensiva o de alimentación, la constatación de la muerte cerebral se llevará a cabo verificando directamente, a través de medios más sofisticados, el cese de actividad bio-eléctrica en el cerebro.

II. EL DELITO DE HOMICIDIO DOLOSO

El delito de homicidio doloso se encuentra regulado en el art. 138 del CP que dispone que “*el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años*”. Abordaremos, en primer lugar, el homicidio doloso por acción, para centrarnos después en el homicidio doloso por omisión.

1. El tipo del homicidio doloso por acción

1.1. Tipo objetivo

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, pues el tipo no exige ninguna condición especial de autoría. Se trata, por tanto, de un delito común. Sujeto pasivo, esto es, titular del bien jurídico protegido, puede ser asimismo cualquier persona (ser humano ya nacido y todavía vivo distinto del propio autor), incluidos aquellos sujetos respecto de los cuales se han creado tipos específicos, como ocurre con el art. 485 del CP, que castiga a quien matare al Rey, ascendientes, descendientes, Reina consorte, etc. De este modo, quien mate intencionadamente a alguna de las personas recogidas en el art. 485 del CP, no solo comete el delito recogido en este precepto, sino un homicidio doloso del art. 138. Habrá entre ambos preceptos un concurso de leyes que deberá resolverse, por aplicación del principio de especialidad (art. 8.1 del CP), a favor del art. 485.

La acción típica consiste en matar a otro. El tipo no exige formas o procedimientos específicos de ejecución de la acción, por lo que caben las más diversas modalidades y medios. También la utilización de medios psíquicos (producción de terror, angustia, etc.), pues se ha demostrado empíricamente que tales medios pueden ser objetivamente eficaces para causar la muerte de una persona en determinadas circunstancias, aunque plantean importantes problemas probatorios.

El resultado está constituido por la muerte de un ser humano con vida independiente. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de resultado material.

Al ser el homicidio un delito de resultado, entre la acción de matar y el resultado de muerte debe concurrir una relación de causalidad, cuya constatación debe hacerse con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, y concretamente con la utilización de la fórmula de la *conditio sine qua non* (ya estudiadas en la teoría general del delito, a la cual nos remitimos). Si entre la acción de matar y el resultado de muerte no concurre una relación de causalidad, no habrá un homicidio doloso consumado, sino solo en grado de tentativa. Será el caso de quien vierte veneno en la comida de B con la intención de matarlo, pero antes de que el veneno comience a hacer efecto, B muere a consecuencia de un atropello producido por un conductor a la salida del restaurante.

La relación de causalidad es un requisito necesario, pero no suficiente, para fundamentar la responsabilidad penal por un homicidio doloso consumado por acción. Además de la mencionada relación de causalidad, es preciso que el resultado de muerte producido sea imputable objetivamente a la acción de matar del autor. Al respecto, la doctrina ha elaborado una pluralidad de criterios (criterios de imputación objetiva del resultado) exigidos, en mayor o menor número, para poder imputar el resultado de muerte a la acción de matar del sujeto activo. Existen fuertes discrepancias doctrinales sobre la validez de estos criterios de imputación objetiva. De entre todos ellos, debe aceptarse únicamente, en nuestra opinión, el del fin de protección de la norma: una vez constatada la relación de causalidad entre la acción

de matar y el resultado de muerte, para imputar objetivamente este resultado a la acción es necesario que esté comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida (que en el caso del homicidio, es la prohibición de matar), esto es, que aparezca como consecuencia directa de la acción de matar. Así, mencionando un ejemplo ampliamente utilizado por la doctrina, si A dispara a B con intención de matarlo, pero no logra hacerlo, dejándolo únicamente herido, y de camino al hospital la ambulancia que lo transporta tiene un accidente, a consecuencia del cual muere B (ejemplo de la ambulancia), aunque entre la acción de A y el resultado de muerte de B existe, con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, una evidente relación de causalidad, el resultado de muerte finalmente producido no podrá imputarse a la acción de matar de A, pues no aparece como consecuencia directa de su acción (el resultado no está comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida). La consecuencia de ello es que A no podrá ser castigado por un delito de homicidio doloso consumado, pero sí por un homicidio en grado de tentativa.

En ocasiones, entre la acción de matar y el resultado de muerte transcurre un amplio lapso de tiempo, como es el caso de quien dispara con intención de matar a su víctima y esta queda en coma profundo (siempre que no suponga un cese irreversible de las funciones cerebrales, en cuyo caso ya existe, como hemos visto, un resultado de muerte), muriendo a los años. Si en el momento del juicio, que no puede quedar pendiente de forma indefinida, la víctima todavía no ha muerto, no podrá calificarse la conducta de homicidio doloso consumado (hay que tener en cuenta lo que haya ocurrido hasta ese momento, no lo que vaya a ocurrir), pero sí de tentativa de homicidio en posible concurso con unas lesiones dolosas o imprudentes. La reapertura del proceso cuando concurra la muerte, para poder valorar el nuevo hecho acaecido, tropieza con graves problemas procesales, como el de la excepción de cosa juzgada.

1.2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo del delito de homicidio doloso está conformado por el dolo de matar. Este supone la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo de homicidio (SsTS de 16 de junio de 2004 y 30 de diciembre de 2010). Más concretamente, «voluntad de realización de la muerte de otro, con base en el conocimiento de los elementos del tipo ya concurrentes en el momento de realización de la acción y la previsión de los demás elementos del tipo, entre los que se encuentra la relación de causalidad entre la acción y el resultado» (Gracia).

Si uno de los elementos del dolo es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo (elemento intelectual), quien ignora la concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo del homicidio o cree erróneamente que no concurre (error de tipo), actuará sin dolo. Quien da sepultura a quien cree erróneamente muerto, muriendo la víctima posteriormente por asfixia, no actúa con dolo de matar, pues desconoce la existencia del objeto material del delito de homicidio. Si el error es invencible, no habrá responsabilidad penal, si es vencible, determinará la realización del tipo del homicidio imprudente (art. 14.1 del CP) siempre que concurren todos sus requisitos, que estudiaremos en esta misma lección.

En el ámbito del tipo subjetivo, se tratan cuestiones tan importantes como la desviación del curso causal, el error *in personam* o los supuestos de desviación en el golpe (*aberratio ictus*), a las que, por haber sido ampliamente estudiadas en la teoría general del delito, nos referiremos sin entrar en muchos detalles.

Se producirá una desviación del curso causal en el ámbito del homicidio cuando el resultado de muerte, querido por el autor, se produce de un modo distinto al imaginado por él. Cuando la desviación del curso causal es inesencial, no queda excluido el dolo en relación con el resultado de muerte, por lo que el sujeto responderá por homicidio doloso consumado. Si la desviación es esencial, quedará excluido el dolo en relación con el curso causal y con la producción del resultado concreto. En este caso, en consecuencia, el sujeto no responderá por homicidio doloso consumado, pero sí por tentativa de homicidio, pues concurre una acción dirigida por la voluntad del autor a causar la muerte de una persona. Se discute en la doctrina cuándo la desviación del curso causal es esencial y cuándo inesencial. En nuestra opinión, la desviación del curso causal únicamente será esencial cuando el resultado no aparezca como realización de la acción prohibida por la norma, esto es, cuando no aparezca como consecuencia directa de la acción de matar. Habrá una desviación esencial del curso causal en el ejemplo de la ambulancia referido más arriba.

En los casos de error *in personam*, el sujeto mata a una persona distinta de la que se ha representado, por confundirla con esta. El error será irrelevante si las personas confundidas son equivalentes desde el punto de vista de la protección penal. Si A quiere matar a B, pero mata a C, su hermano gemelo, por confundirlo con aquel, actúa con un error *in personam* irrelevante, pues B y C son protegidos de igual manera por el Código penal. A responderá en este caso por un homicidio doloso consumado. El error *in personam* será relevante cuando las personas confundidas son objeto de una protección diferenciada (no equivalente) por los tipos penales. Este supuesto se daría, por ejemplo, cuando una de las personas confundidas sea el Rey, un ascendiente o descendiente, la Reina, etc., protegidas de un modo diferenciado por el art. 485 del CP. Así pues, si un sujeto quiere dar muerte a una persona normal pero mata a una de estas personas especialmente protegidas por confundirla con aquella, no cometerá un delito doloso consumado del art. 485 del CP, sino un homicidio doloso consumado del art. 138 del CP. En el supuesto inverso, esto es, si el sujeto quiere dar muerte a una de estas personas protegidas de forma diferenciada, pero, por confundirla con ella, da muerte a un ciudadano normal, deberá apreciarse un delito doloso del art. 485 del CP en grado de tentativa en concurso ideal con un homicidio doloso consumado.

Tiene lugar una desviación en el golpe o *aberratio ictus* cuando el sujeto dirige su acción de matar realmente contra la persona a la que quiere alcanzar, pero yerra la dirección del ataque y la acción recae sobre una persona distinta causándole la muerte (STS de 7 de febrero de 2002). En nuestra opinión, este supuesto debe resolverse mediante la apreciación de una tentativa de homicidio doloso en concurso ideal con un homicidio por imprudencia.

El homicidio puede cometerse con dolo directo de primer grado, con dolo directo de segundo grado (o de consecuencias necesarias) o con dolo eventual (SsTS de 29 de enero de 2008 y 23 de febrero de 2009). No nos vamos a detener en la distinción de estas tres clases de dolo, ni en la delimitación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, estudiadas ya en la teoría general del delito, a la que nos remitimos.

Finalmente, haremos referencia a los problemas que plantea en la práctica la prueba del dolo. Si alguien agrede a otra persona causándole lesiones graves pero sin producirle la muerte, ¿actúa con dolo de lesionar (*animus laedendi*) o con dolo de matar (*animus necandi*)? De la respuesta a esta pregunta va a depender la

calificación jurídico-penal que hagamos del suceso. Incluso cuando el resultado de muerte se produce finalmente, es necesario determinar si el sujeto actuó o no con dolo de matar, pues de ello va a depender castigar al sujeto por homicidio doloso consumado o, en su caso, por homicidio imprudente.

El dolo, como hemos visto, es un elemento subjetivo. Al no ser objeto de prueba directa, es preciso adoptar la denominada *prueba de indicios*: se trata de probar hechos externos y objetivos (indicios), que tengan que ver con el agresor, acaecidos antes, durante o después de la agresión, de los que pueda deducirse o inferirse el dolo de matar del autor (STS 31 de enero de 2011). En este sentido, entre los indicios que pueden servir para determinar la concurrencia o no del dolo de matar, el Tribunal Supremo (SsTS de 4 de febrero de 2005 y 27 de enero de 2011) menciona, entre otros, los siguientes:

1. Relaciones entre agresor y víctima (STS de 17 de marzo de 2004: enemistad existente entre los dos contendientes).
2. Palabras y actitudes mostradas por el autor en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas (STS de 30 de diciembre de 2010: el procesado amenazó dos días antes a la víctima y a su supuesto amante con matarlos si se confirmaba que tenían una relación sentimental).
3. Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda (STS de 14 de diciembre de 2001: “*ni te vas a enterar cariño, ya verás que muerte más dulce vas a tener*”).
4. Características del arma empleada (STS de 25 de mayo de 2010: un revólver).
5. Las formas de ataque (SsTS de 23 de febrero de 1999: disparo de escopeta a dos metros de distancia; y 28 de enero de 2003: precipitar a una persona a la calle desde una altura de 12 metros).
6. Zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva, teniendo en cuenta su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital (STS de 27 de noviembre de 2010: cabeza).
7. Insistencia o reiteración en los actos agresivos (STS de 31 de enero de 2011: siete puñaladas).
8. Antecedentes del autor como persona pacífica o agresiva o la índole del culpable.

La inferencia del dolo de matar que lleva a cabo el TS en alguna de sus sentencias ha sido duramente criticada por la doctrina. Así, por ejemplo, deducir el dolo de matar de los antecedentes del sujeto, supone abandonar un derecho penal del hecho para instalarnos en un derecho penal de autor, contrario a un Estado de Derecho (Gimbernat). Del mismo modo, no puede fundamentarse el dolo de matar, como hace el TS, con el único argumento de que como cualquier persona se hubiera dado cuenta de que la acción desembocaría en la muerte, el sujeto también tenía que haberse percatado de este extremo, pues, con ello, lo único que se prueba es la eficacia objetiva de esa acción para causar la muerte. Hay que probar, precisamente, que eso de lo que cualquier persona se hubiera percatado, fue lo que conoció y quiso realmente el autor (Gracia).

Hay supuestos en los que resulta evidente que el autor actuó con la intención de matar a la víctima. Quien, aprovechando que la víctima duerme, le dispara dos

tiros colocando la pistola en su sien, actúa claramente con dolo de matar. Al igual que quien deja sin sentido a la víctima y la tira en alta mar con una piedra atada a los pies. En otras ocasiones no será tan sencillo probar el dolo, y habrá que tener en cuenta para su constatación la concurrencia de diversos indicios de los anteriormente referidos. No obstante, si existen dudas, si no se logra tener la convicción de que el sujeto ha actuado con dolo de matar, sencillamente no podrá fundamentarse el homicidio doloso (principio *in dubio pro reo*).

2. El tipo del homicidio doloso por omisión

El homicidio doloso puede ser cometido también por omisión (comisión por omisión) (STS de 27 de octubre de 1997 y SAP de Sevilla de 18 de abril de 2011). Para ello es necesario que concurren los requisitos exigidos en el art. 11 del CP, donde se recoge una regulación general y expresa de los delitos de comisión por omisión. A continuación vamos a referirnos, en concreto, al tipo objetivo y subjetivo del homicidio doloso por omisión.

2.1. Tipo objetivo

Los elementos que constituyen el tipo objetivo del homicidio doloso por omisión son los siguientes:

1. La denominada situación típica, que está representada por el peligro de producción inminente de un resultado de muerte, como por ejemplo la situación de deshidratación de un bebé que lo coloca en una situación de riesgo para su vida.
2. La no realización, por parte del sujeto, de una acción tendente a evitar el resultado de muerte.
3. Capacidad concreta de realizar la acción dirigida a evitar el resultado.
4. Posición de garante del omitente, definida genéricamente como una especial y estrecha vinculación entre un sujeto y el bien jurídico, que determina que tal sujeto es responsable de garantizar la salvaguarda de ese bien jurídico, de tal modo que surge en él un deber jurídico específico de velar por la no producción del resultado. El art. 11 del CP, letras a) y b), determina la posición de garante con base en un criterio formal, criticado por buena parte de la doctrina, según el cual aquella puede emanar de la ley [existencia de una específica obligación legal de actuar, como la que, por ejemplo, tienen los padres respecto de sus hijos menores —arts. 39.3 de la CE y 154 CC— (STS de 4 de marzo de 2010)], de un contrato (existencia de una específica obligación contractual de actuar, como la que tiene el socorrista de una piscina en relación con los bañistas) o de un actuar precedente peligroso (creación de una situación de riesgo mediante una acción u omisión precedente —STS de 6 de febrero de 2009—, como la de quien causa imprudentemente un incendio en su piso que pone en riesgo la vida de los ocupantes de otros pisos del edificio). La exigencia de posición de garante en el omitente, convierte al homicidio doloso por omisión en un delito especial, a diferencia del homicidio doloso por acción que, como vimos, es un delito común.
5. Equivalencia de la omisión a la acción, exigida por el art. 11 del CP cuando establece que la no evitación del resultado ha de equivaler, *según el sentido del texto de la Ley*, a su causación. Por tanto, para que la no evitación de un resultado de muerte sea típica, ha de equivaler, desde el punto de vista del

contenido de lo injusto, a su causación activa. Esto es, la omisión de la acción que hubiera evitado el resultado de muerte ha de parecerse de una gravedad equivalente a una acción de matar. Así por ejemplo, privar de todo alimento a un niño recién nacido hasta conseguir su muerte es de una gravedad equivalente a matarlo ahogándolo en la bañera. Existe, pues, equivalencia entre la omisión (no alimentarlo) y la acción de matar (sumergirlo en el agua).

6. Producción de un resultado de muerte.

7. Imputación objetiva del resultado a la omisión. Concurrirá este requisito si la acción debida y no realizada hubiera evitado el resultado de muerte con una probabilidad rayana en la certeza (con una altísima probabilidad).

2.2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo del homicidio doloso por omisión está constituido por el dolo. Este supone:

1. El conocimiento de la situación típica, esto es, del peligro de producción inminente de un resultado de muerte, lo que implica la previsión de la posibilidad de que el resultado de muerte se produzca.

2. La conciencia de no realización de la acción.

3. El conocimiento de cómo (modo, medios) realizar la acción que evite el resultado y de su propia capacidad para llevarla a cabo.

4. El conocimiento de la posición de garante.

5. Conocimiento de que la acción no realizada hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza el resultado de muerte.

3. Grados de realización del delito

La conspiración, proposición y provocación para delinquir solo se castigan, de acuerdo con los arts. 17.3 y 18.2 del CP, en los casos especialmente previstos en la Ley (principio de la excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios), como ocurre en relación con el delito de homicidio. El art. 141 del CP castiga la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de homicidio con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para este delito en el art. 138 del CP (STS de 7 de abril de 2006 y SAP de Alicante de 15 de marzo de 2007).

En el homicidio doloso por acción, habrá tentativa si el acto realizado por el sujeto está comprendido ya en la acción de matar (el art. 16.1 del CP exige para que exista tentativa un “*principio de ejecución*”). Disparar un arma contra una persona (STS de 21 de julio de 2011), verter cianuro en la bebida o accionar el dispositivo que hace explotar una bomba colocada en los bajos de un coche, son actos subsumibles claramente en la acción de matar. Si en estos supuestos, el resultado de muerte querido no se produce, habrá una tentativa de homicidio (o asesinato, como veremos al estudiar este delito). Comprar un cuchillo con la intención de utilizarlo en el futuro para matar a una persona o esperarla con idéntica intención en el rellano de la escalera a que venga a su casa, todavía no son actos que puedan fundamentar una tentativa de homicidio (STS de 3 de marzo de 2011). Existen, sin embargo, otros actos respecto de los cuales resulta más difícil precisar si son meros actos preparatorios (impunes) o son ya actos ejecutivos (punibles). El acto consistente en sacar una pistola del bolsillo y apuntar a la víctima con intención de disparar pero sin hacerlo por impedírselo una tercera persona, ¿es un acto preparatorio o supone ya un

principio de ejecución y por tanto tentativa de homicidio? De acuerdo con la teoría de la unidad natural, seguida en España por un sector doctrinal, aunque se trata de un acto que en un sentido estricto no está comprendido en la acción de matar, está tan íntimamente unido con actos que sí lo están (disparar), que para una contemplación natural aparecen formando una unidad. Por tanto, según esta teoría, el ejemplo del que hemos partido debe castigarse por tentativa de homicidio.

También es posible la tentativa en el homicidio doloso por omisión. Se dará, por ejemplo, en los supuestos en los que, en contra de lo esperado por el omitente, otra persona impide la producción del resultado de muerte. Sería el caso de la madre que abandona definitivamente su domicilio dejando solo en él a su hijo recién nacido, y un vecino, al oírlo llorar reiteradamente, llama en el piso y al no contestar nadie fuerza la puerta y traslada al niño a un hospital, evitando su muerte por deshidratación.

4. Concursos

La doctrina coincide en afirmar la existencia de un concurso real de tantos homicidios dolosos como resultados de muerte se hayan producido cuando cada uno de estos resultados es imputable a una acción u omisión dolosa diferente. Es más discutido, sin embargo, el supuesto en el que varias muertes se producen como consecuencia de una única acción u omisión dolosa (un sujeto con dolo de matar realiza un único disparo con postas dirigido a dos personas causándoles la muerte). La solución que debe darse a este supuesto es, en nuestra opinión, la del concurso ideal de dos homicidios dolosos.

El homicidio doloso es ley general respecto de los restantes delitos contra la vida humana independiente (asesinato, homicidio consentido, delito del art. 485 de CP, etc.). La realización dolosa y consumada de alguno de estos últimos delitos implica asimismo la realización de un homicidio doloso consumado. Habrá en este caso un concurso de leyes que deberá resolverse a favor de la aplicación del asesinato, homicidio consentido o art. 485 del CP por ser preceptos especiales (art. 8.1 del CP).

La relación del homicidio doloso con el delito de lesiones plantea interesantes problemas. Parte de la doctrina considera que el dolo de matar comprende el dolo de lesiones. Esta afirmación, sin embargo, exige una aclaración. No se puede matar a una persona sin afectar de alguna manera su cuerpo, sin menoscabar transitoriamente su anatomía y su organismo. Así visto, puede afirmarse que quien quiere matar a otro, quiere asimismo causarle esa lesión necesaria y transitoria que lo va a conducir a la muerte. Esta lesión es inherente a la propia muerte, por ello la intención de causar esta última comprende necesariamente la intención de producir la primera. Sin embargo, el resultado de lesiones que forma parte del tipo objetivo de los delitos de lesiones (arts. 147 y ss. del CP), no está constituido por una afección de la integridad corporal y la salud en un sentido *transitorio* (como tránsito necesario a la muerte), sino por un menoscabo *duradero* de las mismas. Por esta razón, el dolo de matar, que supone la intención de causar la lesión de un órgano vital como tránsito hacia la muerte, no comprende el dolo exigido en el delito de lesiones, que consiste en la conciencia y voluntad de causar un menoscabo *duradero* de la integridad corporal o la salud de una persona. Esta opinión, que no es unánime entre los autores, va a condicionar la solución que demos a los distintos supuestos concursales que puedan plantearse. Así por ejemplo, si un sujeto actúa con dolo de matar, pero solo logra lesionar a la víctima, cometerá una tentativa de homicidio en concurso ideal con un

delito de lesiones consumado (la jurisprudencia, sin embargo, aplica con carácter general en estos casos únicamente una tentativa de homicidio: SsTS de 30 de diciembre de 2010, 21 de julio de 2011 y SAP de Asturias de 19 de abril de 2011). Las lesiones serán dolosas (con dolo eventual) si el sujeto se representó y contó con la posibilidad de fallar en el intento (no conseguir el resultado de muerte) y, al mismo tiempo, dejar lesionada a la víctima. Por el contrario, las lesiones causadas serán imprudentes si el sujeto previó su producción pero confió en que no se produjeran (imprudencia consciente), o cuando el sujeto no previó, pudiendo hacerlo, la probabilidad de su producción (imprudencia inconsciente).

5. Penalidad

El art. 138 del CP prevé para el delito de homicidio doloso la pena de prisión de diez a quince años. Cuando la pena de prisión que deba cumplir el sujeto sea igual o superior a diez años, llevará aparejada la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo. Podrá el Juez, además, disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el homicidio. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia (art. 55 del CP). Si la pena de prisión impuesta es inferior a diez años (por ejemplo, por haber quedado el homicidio en grado de tentativa), los jueces o tribunales impondrán como penas accesorias alguna o algunas de las recogidas en el art. 56 del CP.

Asimismo, de acuerdo con el art. 57.1. 2.º del CP, al culpable de homicidio se le podrá imponer una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 (privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas y prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas) por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

III. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE

El Código penal de 1995 parte del principio de la excepcionalidad en el castigo de las conductas imprudentes. De acuerdo con su art. 12, *“las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*. Nuestro Código penal prevé el castigo del homicidio realizado tanto por imprudencia grave (considerado delito: art. 142), como por imprudencia leve (constitutivo de falta: art. 621.2).

1. El homicidio por imprudencia grave

El delito de homicidio por imprudencia grave se tipifica en el art. 142.1 del CP. En el apartado 2 de este precepto se recogen varios tipos agravados con base en los medios específicos de comisión (utilización de un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego). Y en el apartado 3 de aquel precepto se prevé un tipo también agravado por la imprudencia profesional.

1.1. El tipo del homicidio imprudente por acción

Para que quede constituido el tipo del homicidio imprudente por acción es necesario que concurran los siguientes elementos:

1. Realización de una acción finalista que infrinja el cuidado objetivamente debido. En muchas ocasiones el deber objetivo de cuidado está regulado en disposiciones de carácter administrativo (reglamento general de circulación, reglamento de explosivos, ley reguladora de la utilización de energía nuclear, etc.). Cuando esto ocurre, resulta más sencillo determinar cuándo se ha producido una inobservancia de ese deber objetivo de cuidado. Así por ejemplo, el conductor de un vehículo que en circunstancias normales se salta un semáforo en rojo o adelanta en una curva o cambio de rasante de visibilidad reducida, infringe el cuidado objetivamente debido, pues el reglamento general de circulación exige detenerse ante un semáforo en rojo y no adelantar en línea continua. En relación con actividades respecto de las cuales no se han desarrollado normas de cuidado, hay que atender, para determinar si el sujeto ha infringido o no el deber objetivo de cuidado, a la conducta que llevaría a cabo en esa misma situación una persona inteligente y sensata que se desenvuelva habitualmente en esa actividad social.

El art. 142 del CP exige que la muerte de otro se cause por imprudencia grave. Si la imprudencia es leve, el tipo realizado será la falta de homicidio del art. 621.2 del CP, al que luego aludiremos. La diferencia entre la imprudencia grave y la leve se encuentra en la gravedad (intensidad) de la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Uno de los criterios utilizado por doctrina y jurisprudencia para determinar tal gravedad es el grado de peligrosidad *ex ante* de la acción que ha causado el resultado de muerte (STS de 15 de marzo de 2007). En la jurisprudencia se califica la imprudencia grave como la infracción de las normas de cuidado más elementales (SsTS de 19 de octubre de 2002 y 22 de febrero de 2005) o ausencia de las precauciones elementales que adoptaría una persona media (STS de 21 de mayo de 2003). Así, el TS ha calificado como imprudencia grave conducir con exceso de ingestión de alcohol (SsTS de 5 de marzo de 2003 y 22 de febrero de 2005), conducir con exceso de velocidad (SsTS de 1 de abril de 2002 y 13 de octubre de 2004) o no detenerse en un paso de peatones (STS de 21 de mayo de 2003).

2. Producción de un resultado de muerte. Si a pesar de la acción que no observa el cuidado objetivamente debido el resultado de muerte no se produce, la conducta es penalmente irrelevante (no cabe la tentativa en los delitos imprudentes), salvo que realice ya el tipo de otro delito.

3. Relación de causalidad entre la acción que infringe el cuidado objetivamente debido y el resultado de muerte.

4. Imputación objetiva del resultado de muerte a la acción imprudente. El resultado podrá imputarse a la acción, en primer lugar, si ha sido consecuencia, precisamente, de la inobservancia del cuidado objetivamente debido, lo que ocurrirá únicamente cuando se pueda demostrar con una probabilidad cercana a la certeza que la muerte no se habría producido si el sujeto hubiera observado el deber objetivo de cuidado, y en segundo lugar, si está comprendido en el ámbito de protección de la norma de cuidado infringida por el autor, es decir, se trata de uno de los resultados que trata de evitar dicha norma objetiva de cuidado.

1.2. El tipo del homicidio imprudente por omisión

El homicidio por imprudencia grave del art. 142 del CP puede cometerse también por omisión, pues el art. 11 del CP hace referencia a todos los delitos de

resultado del CP (y Leyes especiales), dolosos o imprudentes (SAP de A Coruña de 14 de octubre de 2008 y SAP de Alicante de 15 de mayo de 2009). Para que concurra el tipo de este delito deben darse los siguientes elementos:

1. La situación típica: peligro de producción inminente de un resultado de muerte.
2. No realización de una acción idónea para evitar el resultado.
3. Capacidad concreta de realizar la acción dirigida a evitar el resultado.
4. Inobservancia del cuidado objetivamente debido: el sujeto no evita la producción del resultado de muerte por descuido, por no observar el deber objetivo de cuidado. La inobservancia del cuidado objetivamente debido ha de ser grave, y puede darse en distintos momentos, como por ejemplo en la valoración de la situación típica o en la realización de la acción dirigida a evitar el resultado de muerte.
5. Posición de garante del omitente.
6. Equivalencia de la omisión a la acción.
7. Producción de un resultado de muerte.
8. Imputación objetiva del resultado a la omisión: para ello es necesario, en primer lugar, la demostración, con una probabilidad cercana a la certeza, de que el resultado de muerte se habría evitado con la realización de la acción debida, y, en segundo lugar, que el resultado de muerte producido sea de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

1.3. Tipos agravados

Cuando el homicidio por imprudencia grave, cuyos elementos típicos ya han sido tratados, se cometa utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego (art. 142.2 del CP), además de la pena de prisión prevista en el apartado 1 de este precepto, se impondrá, respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.

El art. 142.3 del CP regula el homicidio por imprudencia (grave) profesional. Se trata de una modalidad de imprudencia muy criticada por la doctrina. Abarca supuestos de impericia profesional (falta de la preparación y de los conocimientos necesarios para el desempeño de una profesión, bien por no haberlos tenido nunca, bien porque no se han actualizado). La jurisprudencia incluye también en el concepto de imprudencia profesional, lo que plantea más dudas, la infracción de normas técnicas que solo obligan a los profesionales. Debería restringirse la aplicación de este tipo imprudente agravado a los profesionales que realizan actividades que solo ellos pueden llevar a cabo lícitamente, esto es, actividades que no pueden realizarse por no profesionales (ejercicio de la profesión médica, de arquitecto, de ingeniero, etc.). La pena prevista para este tipo agravado, además de la prisión del apartado 1, es la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

1.4. Concursos

Los casos en los que de una acción u omisión imprudente se derivan varios resultados de muerte deben solucionarse apreciando un concurso ideal entre tantos

homicidios por imprudencia grave como resultados de muerte se hayan producido (STS de 16 de julio de 2002).

Un supuesto de especial interés en este ámbito es el del llamado homicidio preterintencional. Nos encontramos ante este homicidio cuando un sujeto, con intención de producir unas lesiones o unos malos tratos a otra persona, le causa la muerte. Aunque durante años se discutió en doctrina y jurisprudencia sobre cuál debía ser la solución a este supuesto, hoy se entiende, mayoritariamente, que debe apreciarse un concurso ideal de lesiones o malos tratos dolosos y homicidio imprudente (STS de 4 de julio de 2003). La solución del concurso ideal es, sin duda, la correcta, pero exige algunas precisiones.

En primer lugar, para que el homicidio imprudente entre en concurso ideal con las lesiones o malos tratos dolosos, debe constatarse la presencia de todos los elementos del tipo del homicidio imprudente. Si falta alguno de ellos (podría ocurrir en casos en los que entre el hecho inicial, por ejemplo una mera falta de malos tratos, y el resultado de muerte existe una gran desproporción), la muerte se habrá producido de modo fortuito, y solo podremos castigar por unas lesiones o malos tratos dolosos.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las lesiones, se plantea el problema de la determinación de su entidad y su calificación jurídica. En los casos en los que el resultado de muerte es consecuencia inmediata de la acción inicial de lesiones, deberán apreciarse estas en grado de tentativa (en concurso ideal con el homicidio imprudente), pues al no haber subsistido la víctima durante un tiempo relevante en situación de menoscabo de su integridad o salud personales, no puede decirse que se haya producido un resultado real de lesiones (Gracia). El problema que puede plantearse en estos supuestos es el de no poder precisarse cuál era el concreto resultado querido por el sujeto, esto es, el concreto resultado con respecto al cual construir la tentativa. Si así fuera, habrá que optar por lo más favorable para el reo (una falta de lesiones o de malos tratos). En los supuestos en los que el resultado de muerte se produce como consecuencia de la acción inicial de lesionar pero en un momento posterior a la producción del resultado de lesión, habrá que apreciar lesiones consumadas (en concurso ideal con el homicidio imprudente), pues la víctima ha vivido durante un tiempo en una situación real de menoscabo de su integridad o salud personales (Gracia).

1.5. Penalidad

El homicidio por imprudencia grave se castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años, más la pena o penas accesorias que correspondan con arreglo al art. 56 del CP.

El art. 57.1 del CP (que se refiere al homicidio, sin especificar si ha de ser doloso o imprudente) deja abierta la posibilidad de imponer una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 del CP por un tiempo superior entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia. No obstante, estas prohibiciones del art. 48 están indicadas, más bien, para los delitos dolosos.

2. El homicidio por imprudencia leve

La falta de homicidio por imprudencia leve se regula en el art. 621.2 del CP. Puede cometerse tanto por acción como por omisión, y sus elementos típicos

coinciden con los del delito de homicidio por imprudencia grave, salvo en la inobservancia del cuidado objetivamente debido, que en el delito es grave y en la falta, leve (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2004).

La pena prevista para el homicidio por imprudencia leve es la multa de uno a dos meses. Si el hecho se comete con vehículo a motor o ciclomotor (art. 621.4 del CP) o con un arma (art. 621.5 del CP) podrán imponerse además la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, respectivamente, por tiempo de tres meses a un año (tipos agravados).

En el apartado 6 del art. 621 del CP se establece que el homicidio por imprudencia leve solo será perseguible “*mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*” (requisito de procedibilidad). Este apartado, aplicable también a otras faltas contenidas en el art. 621 del CP, presenta una regulación errónea por lo que se refiere a la falta de homicidio imprudente. *Persona agraviada* equivale al sujeto pasivo del delito, que en la falta de homicidio por imprudencia necesariamente ha muerto (en las infracciones imprudentes, como sabemos, no cabe la tentativa) por lo que mal podrá presentar denuncia. También la mención al *representante legal* es problemática, pues aunque el fallecido lo hubiera tenido en vida, cosa que no es lo común, la representación legal es ejercitable únicamente en relación con las personas vivas (Romeo). El problema se ha resuelto por parte de la doctrina considerando que son los perjudicados los que están legitimados para interponer la denuncia.

Resulta criticable que el homicidio por imprudencia leve sea una falta perseguible solo a instancia de parte. Teniendo en cuenta la importancia del bien jurídico protegido, la muerte causada por imprudencia, aunque sea leve, debería ser perseguible de oficio.

LECCIÓN 2*

ASESINATO

I. INTRODUCCIÓN

El art. 139 del CP tipifica el delito de asesinato de la siguiente manera: “*Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio, recompensa o promesa. 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*”. Por su parte, el art. 140 del CP establece que “*cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años*”.

Se ha discutido extensamente en la doctrina acerca de si el asesinato es un tipo agravado del delito de homicidio (un homicidio agravado) o, por el contrario, se trata de un delito autónomo, independiente. La distinción se consideró decisiva pues se hacía depender de ella la solución que debía darse a cuestiones tan importantes como el error y la participación. No obstante, si se analizan detenidamente los dos puntos de vista se concluye que desde ambos se pueden alcanzar las mismas soluciones a las cuestiones referidas. Ni el asesinato es un delito absolutamente distinto e independiente del homicidio, ni sus circunstancias son meras agravantes genéricas del delito de homicidio. No hay inconveniente, pues, en considerar al asesinato como un tipo agravado o cualificado de homicidio, pero sus circunstancias calificativas son elementos constitutivos del delito (y como tales deben tratarse), a las que no se pueden aplicar sin más las reglas que afectan a las circunstancias agravantes genéricas.

Antes de entrar en el estudio del tipo objetivo y subjetivo del delito de asesinato, es necesario analizar sus circunstancias calificativas, con el objeto de captar su contenido y de comprobar a qué elemento concreto del delito —tipo de lo injusto o culpabilidad— pertenecen.

II. LOS ELEMENTOS ESPECÍFICOS CONSTITUTIVOS DEL ASESINATO

1. Alevosía

De acuerdo con el art. 139 del CP, la alevosía es la primera de las circunstancias constitutivas del delito de asesinato. El art. 22.1.ª del CP nos ofrece una definición de alevosía: “*Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido*”. Aunque este último precepto se refiere a la alevosía como circunstancia agravante genérica, su definición es aplicable asimismo a la alevosía como elemento constitutivo del asesinato.

* Jorge Vizueta Fernández

Lo sustancial de la alevosía es el aseguramiento de la ejecución del hecho evitando los riesgos que pudieran proceder de la defensa del ofendido. Aquí radica su esencia. Es necesario, por ello, que ambas finalidades, esto es, la de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos que puedan derivarse de la defensa de la víctima, vayan unidas. Aunque la traición y la cobardía pueden acompañar a la alevosía, no son requisitos necesarios para su concurrencia.

No es preciso que el sujeto haya elegido determinados medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima, sino que basta con que utilice, con que se aproveche de tales medios, modos o formas que le vengan ya previamente dados y organizados con el fin de asegurar la ejecución e impedir la reacción defensiva de la víctima (SsTS de 13 de noviembre de 2009 y 24 de noviembre de 2009). De este modo, no solo concurrirá alevosía cuando alguien suministra a la víctima un somnífero con la intención de matarla cuando este haga efecto (STS de 7 de junio de 2007), sino también cuando se mata a la víctima aprovechando, por ejemplo, que esta se ha inyectado una dosis de heroína.

La alevosía es una agravante de tendencia: aunque el sujeto debe actuar con la finalidad de asegurar la ejecución y evitar los riesgos que puedan derivarse de la defensa de la víctima (elemento subjetivo), no es necesario que objetivamente se haya logrado el aseguramiento o se haya evitado totalmente el riesgo proveniente de la posible defensa (SsTS de 21 de abril de 2004 y 23 de mayo de 2011). Por tanto, actuará con alevosía quien espera a que la víctima, mucho más fuerte que él, se quede dormida e intenta matarla con un cuchillo, aunque durante la ejecución (por ejemplo, después de la primera puñalada) la víctima se despierte y, herida, logre repeler el ataque reduciendo incluso al agresor. Habrá en este caso una tentativa de asesinato.

La opinión dominante exige para aplicar la alevosía la concurrencia de un elemento subjetivo ya mencionado, esto es, la finalidad de asegurar la ejecución y la de evitar los riesgos que puedan provenir de la defensa de la víctima. El TS es, generalmente, de la misma opinión, sin embargo, no es consecuente con este criterio cuando se trata de la muerte de personas que se encuentran en una situación de inferioridad, como niños, ancianos o inválidos, ya que considera que en estos casos *siempre* concurre alevosía (SsTS de 20 de diciembre de 1993 y 18 de noviembre de 2008). Así, por ejemplo, el TS ha calificado como asesinato deshacerse de un bebé nada más nacer (que quedó en grado de tentativa por no producirse finalmente la muerte: STS de 2 de febrero de 2004) o golpear hasta la muerte a un anciano de ochenta y tres años con una atrofia muscular grave (STS de 26 de junio de 2008). La postura del TS no es correcta, ya que es posible que el sujeto no elija o utilice los medios, modos o formas de ejecución con el fin de asegurarla e impedir la posible defensa de la víctima (en el ejemplo del bebé recién nacido, no existe posibilidad de una reacción defensiva por parte del ofendido), en cuyo caso podremos aplicar la agravante de abuso de superioridad, pero no la alevosía, por no darse el elemento subjetivo de la misma. Se trata de supuestos, sin duda, muy graves, cuyo castigo debería quizás ser equivalente al del asesinato, pero en los que no siempre concurren los elementos de la alevosía. No obstante, tampoco es correcta la opinión opuesta, esto es, la que considera que *nunca* es alevosa la muerte de un niño, anciano o impedido. Un anciano o un inválido no deja de tener, por el hecho de serlo, algún medio de defensa a su alcance, y si el agresor se ha encargado de eliminarlo con la finalidad de asegurar la ejecución y evitar riesgos, habrá actuado con alevosía.

El TS, en muchas de sus sentencias, ha venido negando la concurrencia de alevosía en situaciones de riña o de pelea (STS de 22 de octubre de 2003; en contra STS de 4 de abril de 2011), con el argumento de que todos los que participan en una riña o pelea pueden esperar un ataque de los demás contendientes. El criterio es básicamente correcto, pero implica una generalización excesiva, pues puede ocurrir que la víctima, por ser una reyerta de poca importancia, no esperara un ataque contra su vida, o que el sujeto activo haya provocado la riña con la finalidad de, una vez en ella, utilizar el medio alevoso (se comienza una pelea con las manos y, en medio de la misma, uno de los contendientes saca inopinadamente una pistola y dispara contra el otro contendiente). Aunque es frecuente que el medio alevoso concorra en el hecho desde el inicio, no hay que descartar la posibilidad de que la alevosía surja en cualquier momento de la ejecución del hecho (alevosía sobrevenida).

No hay acuerdo en la doctrina sobre la naturaleza de la alevosía. Para algunos autores en la alevosía se da una mayor gravedad de la culpabilidad, por suponer los medios de ataque un mayor menoscabo del bien jurídico. Para otros, la naturaleza reside en una mayor gravedad de lo injusto, en concreto del desvalor de la acción, por ser mayor la peligrosidad de esta. Incluso hay quien le otorga una naturaleza mixta: mayor gravedad de lo injusto y mayor culpabilidad (STS 7 de julio de 2008). En nuestra opinión, la alevosía se basa en una mayor gravedad de lo injusto, por ser mayor el desvalor de la acción (la acción es generalmente más peligrosa y hay una intensificación del desvalor de intención: tendencia a asegurar la ejecución y evitar riesgos). La alevosía es un elemento del tipo del delito de asesinato.

La alevosía es compatible, en principio, con las eximentes incompletas que encuentran su fundamento en una disminución de la capacidad de culpabilidad, como por ejemplo la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica. En cuanto a las circunstancias de carácter agravatorio, la alevosía no es compatible con las agravantes de aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas (art. 22.2.^a del CP) cuando con ellas se busque únicamente debilitar la defensa del ofendido (STS de 13 de noviembre de 2009), pero sí cuando con tales circunstancias se persiga facilitar la impunidad del delincuente. Según opinión dominante, la alevosía es incompatible con la agravante de abuso de superioridad (STS de 2 de noviembre de 2004; en contra, la STS 13 de marzo de 2000).

2. Precio, recompensa o promesa

El precio, la recompensa o la promesa es la segunda circunstancia calificativa del asesinato. Su homóloga genérica se encuentra regulada en el art. 22.3.^a del CP: *“Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa”*.

El fundamento de esta circunstancia descansa en el móvil de lucro que impulsa al sujeto a matar a otra persona. Esta especial motivación determina una mayor reprochabilidad de la conducta antijurídica del sujeto, y, por tanto, una mayor culpabilidad.

De acuerdo con el fundamento defendido, el precio (valor pecuniario en que se estima algo), la recompensa (retribución que se satisface por una cosa o servicio) o la promesa (ofrecimiento de un precio o recompensa para después de cometido el hecho) debe tener un contenido económico, quedando excluidos beneficios no directamente evaluables en dinero (recompensas honoríficas, prestaciones sexuales, promesas de matrimonio). Esta es la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia (STS de 14 de mayo de 2008). No obstante, hay autores que consideran que los

términos recompensa o promesa pueden abarcar otros motivos no económicos, como por ejemplo la obtención de un importante cargo político. Desde este punto de vista, el fundamento de la circunstancia no puede constreñirse ya al móvil de lucro, sino que tendría que buscarse un fundamento más amplio. Aunque puede haber motivos no económicos capaces de constituirse en el móvil del delito, consideramos más aconsejable por razones de seguridad jurídica exigir que el precio, la recompensa o la promesa tengan un contenido económico.

La preposición “*por*”, con la que comienza el art. 139.2.^a del CP, revela que el precio, la recompensa o la promesa ha de ser la razón por la que se mata, esto es, debe suponer la causa desencadenante de la resolución delictiva en el autor del hecho (STS de 13 de noviembre de 1998). Si el autor estaba ya decidido a realizar el hecho con anterioridad al ofrecimiento, no debe apreciarse esta circunstancia. Debe exigirse, por ello, que el convenio sobre el precio tenga lugar en un momento anterior a la perpetración del delito. Sin embargo, no será preciso para apreciar asesinato por precio, recompensa o promesa que el autor haya recibido realmente el precio.

La circunstancia de precio, recompensa o promesa requiere necesariamente de la existencia de dos sujetos: el que ofrece el pago, recompensa o promesa, que será normalmente inductor, y el que ejecuta el delito de asesinato por este motivo, que será el autor material del delito. Se discute en la doctrina si esta circunstancia debe aplicarse a los dos (inductor y autor) o únicamente a quien ejecuta el hecho por precio, recompensa o promesa (autor). Si, como se ha dicho, el fundamento de esta circunstancia reside en el móvil de lucro que impulsa al sujeto a matar a otra persona, aquella solo es aplicable a quien recibe el precio, que es quien actúa por un móvil de lucro y en quien concurre una mayor culpabilidad, y no a quien lo ofrece o paga, que no actúa con este móvil. Esta es la opinión dominante en la doctrina (en contra las SsTS de 13 de noviembre de 1998, 17 de noviembre de 2005 y 15 de junio de 2006). En consecuencia, quien mata por precio será autor directo de un delito de asesinato, y quien ha ofrecido el precio, inductor a un delito de homicidio.

Como ya se ha dicho, esta circunstancia requiere la existencia de dos sujetos, el que ofrece el precio y el que mata por precio. Por ello, quedan fuera de esta modalidad de asesinato los supuestos en los que se mata a otra persona para heredarle o para cobrar un seguro, aunque el autor también haya actuado con un móvil de lucro. Puede decirse, por tanto, que en el asesinato por precio, recompensa o promesa la ventaja económica que obtiene el autor no deriva de que una persona muera, sino del hecho de matar.

3. Ensañamiento

La tercera circunstancia calificativa del asesinato consiste en matar a otro “*con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*” (art. 139.3.^a del CP). Entre las circunstancias agravantes genéricas también se encuentra la de ensañamiento, aunque con una redacción no idéntica: “*Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito*” (art. 22.5.^a del CP).

Se discute la naturaleza jurídico-penal del ensañamiento, es decir, si supone una mayor gravedad de lo injusto, de la culpabilidad o de ambos. En la jurisprudencia todavía es opinión dominante la que considera que la naturaleza del ensañamiento radica en la mayor reprochabilidad, esto es, en la mayor culpabilidad,

basada en el móvil perverso, en la actitud de singular desprecio y crueldad del sujeto (STS de 4 de febrero de 2005: la esencia del ensañamiento radica en la complacencia en el incremento del dolor físico y moral). Aunque hay autores que defienden la naturaleza mixta del ensañamiento (mayor injusto y mayor culpabilidad), a nuestro modo de ver la circunstancia de ensañamiento se fundamenta exclusivamente en una mayor gravedad de lo injusto: por un lado, se produce un resultado adicional a la muerte que consiste en la producción de un dolor innecesario a la víctima (aumento del desvalor del resultado), y, por otro, es preciso que el sujeto activo tenga el propósito de aumentar el dolor de la víctima (mayor desvalor de la acción). Como ocurre con la alevosía, el ensañamiento es un elemento del tipo del delito de asesinato.

La circunstancia de ensañamiento exige la concurrencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo.

Por lo que se refiere al elemento objetivo, es preciso aumentar con otros actos los sufrimientos de la víctima, más allá de los que son propios de la causación de la muerte (el aumento del dolor debe ser *inhumano*, por tanto, muy superior al propio del homicidio), atormentándola o martirizándola de manera innecesaria (STS de 25 de junio de 2009: golpear reiteradamente con un bate a un anciano maniatado, colocarle un saco en la cabeza y una cuerda al cuello, arrastrarlo, saltar sobre su pecho y pisotearle la cara; STS de 13 de noviembre de 2009: 40 cuchilladas con heridas por tórax, abdomen, pelvis, muslos, espalda, región lumbar y glútea, antebrazos, brazos y manos, y algunas de ellas en la región genital como represalia a una imaginada infidelidad, heridas causadas estando viva la víctima, que muere tras unos quince minutos de agonía). Por tanto, el aumento del dolor o sufrimiento ha de ser efectivo. No concurrirá este elemento si los actos comienzan cuando la víctima está ya muerta (descuartizamiento del cadáver) o en un estado, como la inconsciencia, que le impida experimentar dolor (SsTS de 17 de septiembre de 2009 y 28 de enero de 2011). En este sentido, el concepto legal de ensañamiento no coincide con el contenido que se le otorga en el lenguaje común. En el concepto de dolor deben incluirse tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos (obligar a presenciar la tortura de seres queridos).

En cuanto al elemento subjetivo del ensañamiento, es necesario que el autor tenga el propósito de aumentar de forma inhumana e innecesaria el dolor del ofendido (dolo del ensañamiento). De esta forma, aunque se hayan causado muchas heridas o haya habido repetición de golpes, no concurrirá el elemento subjetivo si el sujeto activo cree que son necesarios para producir la muerte o para asegurar la ejecución. El TS, no obstante, debido quizá a la presión mediática, viene afirmando la existencia de ensañamiento en supuestos de puñaladas reiteradas con el argumento de que si “*sus acciones previas ya son suficientes para causar la muerte, los actos añadidos, si objetivamente son adecuados para ello y no puede aportarse otra razón probable y verosímil, pueden atribuirse a su deseo de causar un mal mayor a la víctima*” (STS de 19 de diciembre de 2007). Con ello, en nuestra opinión, se está presumiendo la existencia del elemento subjetivo del ensañamiento, bastando para la concurrencia de esta circunstancia con que objetivamente las heridas causadas sean innecesarias para causar la muerte (SsTS de 2 de julio de 2007 y 20 de diciembre de 2007). Esto supone una interpretación puramente objetiva de la circunstancia que es contraria a la ley. Incluso, en estos supuestos de cuchilladas múltiples, hay ocasiones en las que el TS ni siquiera se plantea la posibilidad de que la víctima resultare ya muerta con las primeras puñaladas, de tal manera que ese exceso de agresión

recayera ya en un cuerpo incapaz de sufrir, supuesto en el que ni siquiera concurre el elemento objetivo del ensañamiento.

III. EL TIPO DEL ASESINATO

1. Tipo objetivo

El tipo objetivo del asesinato esta constituido, en primer lugar, por una acción de matar a otro, y, en este sentido, coincide con el delito de homicidio, al que nos remitimos por lo que respecta a los sujetos activo y pasivo, acción de matar, resultado de muerte, relación de causalidad e imputación objetiva del resultado. Lo característico del delito de asesinato es que la acción de matar a otro se realiza con alevosía o con ensañamiento (el precio, recompensa o promesa, como hemos visto, no pertenece al tipo del asesinato, sino a la culpabilidad). El tipo quedará constituido con la concurrencia, indistintamente, de uno cualquiera de sus elementos alternativos (tipo mixto alternativo).

En el delito de asesinato, tanto la alevosía como el ensañamiento son medios o modos de ejecución de la acción de matar que el autor debe dirigir hacia la producción del resultado de muerte. Esto es, entre tales circunstancias y el resultado de muerte tiene que existir una relación típica de medio a fin. Lo que castiga el artículo 139 como asesinato es la realización de la acción de matar con alevosía o aumentando el dolor del ofendido, de ahí que no quepa aplicar asesinato en los casos en que falta la mencionada relación típica. Así, por ejemplo, quien causa a su víctima torturas inhumanas sin voluntad de matar, y posteriormente, por haber sido reconocido por aquella, decide acabar con su vida, no cometerá un delito de asesinato, sin perjuicio de que el homicidio doloso pueda entrar en concurso con un delito de tratos degradantes (art. 173.1 del CP) o de torturas (arts. 174 o 175 CP).

Se discute en la doctrina si en el asesinato cabe la comisión por omisión. La respuesta dependerá de la concreta circunstancia que califique el asesinato:

1. La doctrina niega la comisión por omisión en el asesinato con alevosía. Ya vimos que la alevosía consiste en la utilización por el autor de medios de ejecución que tiendan a asegurarla y a evitar los riesgos que pudieran proceder de una posible defensa del ofendido. Del tenor de la circunstancia se deriva que únicamente puede concebirse la utilización de medios que aseguren la ejecución mediante la realización de una conducta activa.

2. No hay duda de que el asesinato por precio, recompensa o promesa puede realizarse por omisión, pues al fin y al cabo el tipo del asesinato cuando concurre únicamente esta circunstancia coincide con el tipo del homicidio, y en este se admite unánimemente la comisión por omisión. Sería el caso, por ejemplo, de la niñera que tiene a su cargo un recién nacido que recibe una cantidad de dinero por no alimentarlo y dejarlo morir.

3. En cuanto al asesinato con ensañamiento la opinión dominante niega la posibilidad de la comisión por omisión. En el ejemplo de quien deja morir a la víctima de hambre o de sed, que algún autor ha considerado de asesinato con ensañamiento por omisión, la omisión supone una prolongación del dolor de la víctima, pero tal prolongación es inherente, consustancial a la propia omisión, y por tanto no puede decirse que sea superflua, sino necesaria al modo elegido

para que la víctima muera, que no es otro que no evitar el resultado de muerte. Falta el requisito de que el sufrimiento sea innecesario. No obstante, en la doctrina se ha planteado algún ejemplo respecto del cual resulta difícil negar la comisión por omisión: el omitente es, simultáneamente, garante de la vida de un hombre, que está sufriendo un ataque al corazón, y de su hijo, al que no le suministra una medicación contra el asma que le produce, a la vista de su padre moribundo, síntomas de asfixia, causándole con ello al padre un incremento del dolor en su agonía (Álvarez García).

2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo del asesinato está integrado por el dolo (que, como sabemos, es conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo).

Se discute entre los autores si el asesinato puede realizarse con dolo eventual. Un sector minoritario de la doctrina admite el dolo eventual en el asesinato (más concretamente, defienden la posibilidad de un dolo directo en relación con las circunstancias y un dolo eventual respecto al resultado de muerte), planteamiento este que ha hecho suyo el TS, que considera compatible el dolo eventual con supuestos de asesinato con alevosía (SsTS de 14 de octubre de 2008, 12 de mayo de 2009 y 30 de octubre de 2008: el sujeto prende fuego a una cama y sale de casa, sabiendo que en la habitación contigua duerme su hija de diez años y que puede morir por asfixia, lo que finalmente ocurre) y por precio (STS de 16 de mayo de 2007).

La doctrina mayoritaria, sin embargo, niega, con razón, la posibilidad de un asesinato con dolo eventual, relegando estos casos al homicidio. En el delito de asesinato, las circunstancias que lo califican, la acción de matar y la producción del resultado de muerte están en una relación de medio a fin, incompatible con el dolo eventual. El asesinato no supone una mera acumulación de un resultado de muerte más una circunstancia. La alevosía, el precio, recompensa o promesa y el ensañamiento tienen que estar dirigidos a la producción del resultado de muerte, lo que implica necesariamente dolo directo.

No cabe, con mayor razón, un asesinato por imprudencia. La causación de una muerte por imprudencia constituye un homicidio imprudente, ya estudiado.

IV. LA CONCURRENCIA DE MÁS DE UNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS DEL ASESINATO: ART. 140 DEL CP

De acuerdo con el art. 140 del CP, *“cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años”*.

El art. 139 del CP se aplicará cuando el sujeto mate a otro concurriendo una de las circunstancias que lo califican. Si concurren dos o tres de estas circunstancias, entrará en juego el art. 140 del CP. No nos parece correcta la postura de aquellos que exigen para aplicar el art. 140 del CP la concurrencia de las tres circunstancias (tal postura es contraria al tenor literal de este precepto), ni la de quienes consideran que en el caso de que concurren las tres circunstancias del asesinato, dos servirán para aplicar el art. 140 del CP y la tercera operará como circunstancia agravante genérica (por tanto aplican el art. 140 más el correspondiente número del art. 22, y, en

consecuencia, la pena de prisión de veinte a veinticinco años en su mitad superior, conforme con el art. 66.1.3.^a del CP). Esta última postura olvida que las circunstancias del asesinato son elementos constitutivos de este, que no pueden degradarse a meras circunstancias agravantes genéricas. Por tanto, en el caso de que concurren las tres circunstancias calificativas del asesinato, se aplicará el art. 140 del CP, sin que además se aplique una de ellas como agravante genérica. Es cierto que cuando se dan las tres circunstancias calificativas del asesinato el contenido de lo injusto y la culpabilidad es mayor que cuando solo concurren dos, pero esto puede ser tenido en cuenta por el tribunal en la determinación de la pena. Si además concurre alguna otra circunstancia agravante genérica de los arts. 22 y 23, y/o alguna circunstancia atenuante del art. 21, se aplicará el art. 66 partiendo del marco penal previsto en el art. 140 del CP.

Se ha estimado por buena parte de la doctrina que la pena recogida en el art. 140 del CP es desproporcionada, lo que ha llevado a algún autor a proponer de *lege ferenda* la eliminación de este precepto, y solucionar el supuesto de concurrencia de varias de las circunstancias del asesinato a través de un concurso ideal de elementos cualificantes (art. 77 del CP) (Gracia).

V. GRADOS DE REALIZACIÓN DEL DELITO

El art. 141 del CP castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asesinato de los arts. 139 y 140 del CP con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en estos preceptos (STS de 14 de julio de 2010). No basta con que estos actos preparatorios se dirijan a la causación de una muerte dolosa, en cuyo caso estaríamos ante una provocación, conspiración o proposición para cometer un homicidio doloso, sino que deben dirigirse a la causación de una muerte dolosa concurriendo una o varias de las circunstancias del asesinato. Si se proyecta la muerte con la concurrencia de una de las circunstancias calificativas del asesinato, la pena será la inferior en uno o dos grados a la del art. 139, y si se proyecta con la concurrencia de dos o tres de tales circunstancias, la pena será la inferior en uno o dos grados a la del art. 140 del CP.

Deberá apreciarse tentativa de asesinato en los casos en que se da principio a la ejecución de la muerte, sin producirse esta, aunque se ejecute completamente alguna de las circunstancias descritas en el art. 139 del CP (A, que ha recibido una cantidad de dinero por matar a B, le dispara dos tiros sin conseguir matarlo).

En los casos de realización parcial de la circunstancia calificativa del asesinato con producción del resultado de muerte, nos encontramos ante un concurso ideal entre un asesinato en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado. Sería el caso, por ejemplo, de quien intenta aumentar el dolor de la víctima sin conseguirlo, pero causándole dolosamente la muerte.

Se discute en la doctrina cómo deben solucionarse los supuestos en los que se consuma la circunstancia calificativa del asesinato durante la ejecución, produciéndose luego el resultado de muerte sin la concurrencia de la misma, esto es, se consuma la circunstancia pero no se produce la muerte, y posteriormente se causa la muerte sin la circunstancia. Es el supuesto, ampliamente tratado en la doctrina, de quien dispara contra una persona dos veces por la espalda (alevosía) sin lograr dar en el blanco, y cuando el agredido, apercebido por los tiros, se da la vuelta y se dispone a defenderse, el autor realiza un nuevo disparo causándole la muerte. Debe

rechazarse en este caso la aplicación de un asesinato consumado, pues se castigaría del mismo modo a quien mantiene hasta el final de la ejecución la circunstancia que caracteriza al asesinato, que a quien produce finalmente el resultado de muerte sin concurrir en dicho momento ninguna de las circunstancias previstas en el art. 139 del CP. Tampoco nos parece acertada la postura de quienes castigan únicamente por un homicidio doloso consumado, pues en tal calificación no se está teniendo en cuenta que el sujeto intentó matar con alevosía. La solución más correcta, en nuestra opinión, es aplicar un concurso ideal entre un asesinato en grado de tentativa y un homicidio doloso consumado.

También es controvertido el supuesto inverso, esto es, cuando la alevosía surge después de comenzada la ejecución (alevosía sobrevenida): lo que comienza siendo una reyerta cara a cara, acaba en una clara situación de indefensión, en la que el sujeto activo apuñala a la víctima, caída en el suelo, debilitada por la pérdida de sangre y sin posibilidad de defensa. En algunas de sus sentencias, el TS aprecia en supuestos como este, homicidio doloso consumado, con el argumento de que para apreciar asesinato las circunstancias tienen que concurrir desde el principio (STS de 4 de marzo de 2002; en contra, sin embargo, la STS de 24 de febrero de 2004). Esta postura olvida que la alevosía ha estado presente en la ejecución y consumación del hecho. En rigor nos encontramos ante una tentativa de homicidio y un asesinato consumado. Entre ambos, salvo que entre la primera y la segunda acción exista una clara desconexión temporal, hay un concurso de leyes que deberá resolverse, por el principio de consunción, a favor del asesinato consumado.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En el delito de asesinato caben todas las clases de autoría (autoría directa, coautoría y autoría mediata) y participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad).

Las circunstancias calificativas del asesinato que forman parte del tipo de lo injusto (alevosía y ensañamiento) solo podrán ser imputadas a los partícipes si son conocidas por estos. De esta forma, si el partícipe desconoce que el autor se va a servir de la alevosía o del ensañamiento en la causación de la muerte de la víctima, no responderá como partícipe a un asesinato, sino a un delito de homicidio.

Como ya hemos visto, la circunstancia de precio, recompensa o promesa solo se aplica a quien recibe el precio, que es quien actúa por un móvil de lucro y en quien concurre una mayor culpabilidad, y no a quien lo ofrece o paga (inductor), que no actúa con este móvil. De esta forma, quien mata por precio será autor directo de un delito de asesinato, y quien ha ofrecido el precio, inductor a un delito de homicidio. Puede darse el caso de que el precio lo reciba no solo el autor del asesinato, sino también la persona o personas que, sin ser autores, lo han ayudado a cometer el delito (cómplices o cooperadores necesarios). Estos también han actuado con un móvil de lucro (fundamento de la circunstancia agravante), por lo que responderán como partícipes a un delito de asesinato.

VII. CONCURSOS

Como se ha visto en la lección anterior, entre el delito de homicidio y el asesinato existe una relación de concurso de leyes que se resolverá por el principio de especialidad (art. 8.1.^a del CP) a favor del delito de asesinato, que desplazará al homicidio del art. 138 del CP. La misma relación existe entre el art. 139 y el art. 140, que se resolverá a favor de este último.

La relación del delito de asesinato con el homicidio consentido del art. 143.3 y con la modalidad típica de causar la muerte del art. 143.4 del CP, la estudiaremos en la próxima lección.

VIII. PENALIDAD

El art. 139 del CP castiga el delito de asesinato con la pena de prisión de quince a veinte años. Cuando concurren más de una de sus circunstancias calificativas (art. 140), la pena es la de prisión de veinte a veinticinco años.

Conforme con el art. 55 del CP, estas penas llevarán consigo, como accesoria, la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Podrá el Juez, además, disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el asesinato y se determine expresamente esta vinculación en la sentencia.

Al igual que ocurre en el delito de homicidio, al culpable de asesinato se le podrá imponer una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48 (privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas y prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas) por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

LECCIÓN 3*

PARTICIPACIÓN EN SUICIDIO, HOMICIDIO CONSENTIDO Y EUTANASIA

I. INTRODUCCIÓN

El art. 143 del CP regula en sus dos primeros apartados supuestos de participación en el suicidio de otro, concretamente la inducción (apartado 1) y la cooperación necesaria al suicidio (apartado 2). El suicidio no es una conducta punible en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, la inducción y la cooperación necesaria al suicidio de una persona son conductas de participación en un hecho atípico de otro, que, en caso de que el legislador no las hubiera castigado expresamente, serían impunes en virtud del principio de accesoriedad de la participación (puesto que la participación consiste en tomar parte en la conducta, al menos, típica de otra persona).

En el apartado 3 del art. 143 del CP se castiga una conducta que ha sido denominada por la doctrina de muchas formas (cooperación ejecutiva al suicidio, auxilio ejecutivo al suicidio, homicidio-suicidio, etc.), y que nosotros vamos a llamar homicidio consentido. Y, finalmente, en el apartado 4 de este precepto se regula, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, una causa de justificación incompleta aplicable a supuestos eutanásicos.

Antes de entrar en el estudio del tipo de las figuras delictivas contenidas en el art. 143 del CP, es preciso analizar una serie de cuestiones esenciales que afectan a todos estos delitos.

II. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DEL ART. 143 DEL CP

1. La disponibilidad de la propia vida

Como ya se vio en el epígrafe dedicado a las cuestiones comunes de los delitos del Título I, Libro II, del CP (Lección 1), el bien jurídico protegido en el art. 143 del CP es la vida humana independiente. No obstante, debido a la especial naturaleza de las conductas reguladas en este precepto, es necesario profundizar un poco más en este bien jurídico. En concreto, debemos detenernos en la cuestión de si se reconoce o no el derecho a la disponibilidad de la propia vida.

La postura tradicional de la doctrina española sostiene que la vida humana en nuestro ordenamiento jurídico es un bien jurídico indisponible. El derecho a la vida reconocido como derecho fundamental en el art. 15 de la CE establece la obligación, dirigida fundamentalmente al Estado, de respetar la vida de sus ciudadanos y de protegerla frente a los ataques de terceros, pero nada dice de los supuestos en que el ciudadano desea renunciar a ese derecho. Según este sector doctrinal, el comportamiento del suicida sería antijurídico; no obstante, su impunidad se explicaría por razones de política criminal (incompatibilidad con los actuales

* Jorge Vizueta Fernández

principios jurídico-penales de imponer penas a un cadáver —si el suicidio ha tenido éxito—, y nulo efecto preventivo especial de la pena —si el suicida no logra su propósito—. Viene a corroborar esta postura, según sus defensores, el castigo en el art. 143 del CP de la mayor parte de las conductas de participación en el suicidio, que incrementan el riesgo de que las conductas suicidas se materialicen y en las que ya no concurren las razones político-criminales referidas.

Postura diametralmente opuesta a la anterior es la que considera que la disponibilidad de la propia vida es un elemento integrante del bien jurídico vida. El art. 15 de la CE protege el derecho fundamental a la vida a partir de su disponibilidad. La vida no deseada libremente por su titular carece de relevancia constitucional. De aquí se deriva la atipicidad de todos aquellos comportamientos de colaboración en la muerte libremente deseada de otra persona. Por ello, los autores defensores de este planteamiento consideran que el art. 143 del CP es inconstitucional.

Entre estas dos posturas extremas, existen múltiples opiniones intermedias a las que no podemos hacer referencia aquí, ni siquiera brevemente, por razones de espacio. Sí nos detendremos, dentro de estas opiniones intermedias, en aquella que nos parece más defendible desde un punto de vista de *lege data*.

El art. 15 de la CE, como se sabe, reconoce el derecho fundamental a la vida de todos los ciudadanos [*“Todos tienen derecho a la vida (...)”*]. Este precepto se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho en su vertiente positiva, esto es, la de vivir, pero no en su vertiente negativa, la de morir (Díez Ripollés). En consecuencia, tal y como ha manifestado el TC, el derecho a la propia muerte (el derecho a la disponibilidad de la propia vida) no forma parte del contenido del derecho fundamental regulado en el art. 15 de la CE (STC 120/1990, de 27 de junio). Ahora bien, tampoco existe en nuestro ordenamiento jurídico un *deber* de vivir contra la propia voluntad, por lo que ni el Estado ni los particulares están facultados para imponer coactivamente a alguien que siga viviendo cuando ha decidido libremente morir. Podemos decir, por tanto, que la CE ha dejado al legislador ordinario la libertad de, o bien prohibir y sancionar los comportamientos de terceros relacionados con la conducta o la voluntad de que una persona disponga de su propia vida, o bien permitirlos bajo una serie de garantías jurídicas (Romeo). Ninguna de las dos opciones sería, por tanto, inconstitucional.

El legislador penal español ha optado por prohibir supuestos en los que la intervención de terceras personas adquiere un excesivo protagonismo en la decisión o puesta en práctica de la decisión de morir de otra persona. De esta forma, ha castigado la inducción y la cooperación necesaria al suicidio de otro y el homicidio consentido, cuyos contenidos delimitaremos en esta lección.

En conclusión, el art. 15 de la CE no reconoce un derecho a la disponibilidad de la propia vida. No obstante, la conducta de disponer de la propia vida no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro Código penal no castiga al suicida cuando este no consigue su propósito. De aquí se deriva que nuestro ordenamiento jurídico reconoce un derecho, no consagrado en la Constitución, a la disponibilidad de la propia vida. No obstante, se trata de un derecho limitado a la exclusiva intervención del suicida en el logro de su propósito y a ayudas de terceros de carácter secundario (de ahí la atipicidad de la cooperación no necesaria en el suicidio de otro). El derecho a la disponibilidad de la propia vida, sin embargo, no comprende las intervenciones de terceras personas que contribuyan de un modo importante a la adopción de la decisión de morir o a su puesta en práctica (por ello

son típicos los comportamientos de inducción al suicidio, cooperación necesaria al suicidio y homicidio consentido).

2. Concepto jurídico-penal de suicida

El sujeto pasivo de los delitos contenidos en el art. 143 es el suicida. A continuación vamos a precisar cuáles son las características que deben concurrir en un individuo para que pueda ser calificado como suicida desde un punto de vista jurídico-penal:

1. Es necesario que se trate de una persona con capacidad para tomar la decisión de morir. La doctrina discute sobre el criterio para determinar la existencia de esta capacidad. Hay autores que acuden al criterio penal de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), exigiendo que el sujeto sea plenamente imputable (responsable de sus actos para el Derecho penal) o, al menos, que no sea un inimputable. No nos parece un criterio acertado, pues la imputabilidad penal de una persona persigue el concreto objetivo de determinar cuándo una persona puede ser condenada a una pena por ser responsable, esto es, culpable del delito cometido, y no el propósito, bien distinto desde un punto de vista valorativo, de averiguar cuándo la decisión del sujeto, en este caso el suicida, es válida para el derecho (Romeo). La opinión mayoritaria, con razón, exige en el sujeto capacidad natural de juicio, entendida como «la capacidad para comprender el sentido y trascendencia de la resolución de voluntad en relación con el bien jurídico protegido» (Díez Ripollés). De acuerdo con ello, se reconoce la capacidad para tomar la decisión de morir a toda persona que comprenda el significado y trascendencia de su decisión, aunque sea un menor de edad o una persona que no alcanza la plena imputabilidad penal (este parece ser el criterio acogido por la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, en su art. 9). No obstante, sería conveniente que el legislador, como ha hecho en las lesiones corporales, regulara criterios más estrictos para otorgar relevancia al consentimiento en el ámbito que nos ocupa.

2. Además de la referida capacidad, es preciso que concurra en el sujeto la voluntad de morir. Existe voluntad de morir, no solo cuando la muerte es el fin perseguido por el sujeto (voluntad equivalente al dolo directo de primer grado) o una consecuencia inevitable de su decisión (voluntad equivalente al dolo directo de segundo grado: por ejemplo, rechazo por el sujeto de un tratamiento terapéutico sabiendo que ello lo llevará necesariamente a la muerte), sino también en supuestos en los que la actitud del sujeto respecto de su propia muerte es equivalente a la de un dolo eventual (un sujeto se niega a recibir un tratamiento terapéutico siendo consciente y contando con que su rechazo puede ocasionarle la muerte). Entendida así la voluntad de morir, no hay problema en apreciarla en numerosos casos (no en todos) de huelguistas de hambre o Testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusiones de sangre, así como en pacientes que demandan la eutanasia.

La voluntad de morir no ha de estar viciada. No hay voluntad de morir cuando esta se haya obtenido por medio de violencia o intimidación (se amenaza con disparar a una persona si no se lanza por un precipicio). En supuestos de engaño, no habrá voluntad de morir cuando este afecte a la cualidad letal de la acción, de tal manera que el sujeto no tenga conciencia de estar disponiendo del bien jurídico *vida* (el sujeto no sabe que la limonada que le ha ofrecido su compañero de trabajo contiene cianuro). Por el contrario, no queda eliminada

la voluntad de morir en los casos en que el engaño afecta a los motivos que han llevado al sujeto a tomar la decisión de quitarse la vida (*A* comunica a su amante *B* que, debido a que su amor es imposible por la oposición obcecada de sus respectivos padres, ha tomado la firme decisión de suicidarse, cosa que es absolutamente falsa, y la convence para que ella haga lo mismo. *B* tiene voluntad de morir, aunque el motivo que la ha llevado a adoptar la decisión de suicidarse sea falso). Finalmente, la existencia de precio o recompensa tampoco excluye la voluntad suicida (Díez Ripollés).

3. Naturaleza jurídico-penal de la muerte del suicida

Un sector minoritario de la doctrina considera que la muerte del suicida, al menos en los apartados 1 y 2 del art. 143 del CP, es una condición objetiva de punibilidad. De este planteamiento se deriva una consecuencia importante: al configurarse la muerte del suicida como una condición objetiva de punibilidad, si aquella no se produce, la conducta no podrá castigarse como inducción o cooperación necesaria al suicidio (*A* induce a *B* a que se suicide tirándose desde el balcón de su casa, lo que realiza *B* sin conseguir su propósito. La conducta de *A*, desde este planteamiento, sería impune).

La opinión mayoritaria, a la que nos adherimos, estima, por el contrario, que la muerte del suicida es el resultado material de todos los delitos contenidos en el art. 143. Al ser un elemento del tipo objetivo, la muerte debe ser abarcada por el dolo, lo que no ocurre en la postura anterior. Por otro lado, la muerte del suicida será necesaria para alcanzar la consumación del delito, pero su ausencia no conlleva necesariamente la impunidad de la conducta, pues queda abierta la posibilidad de castigar por tentativa (en el ejemplo anterior, habría una tentativa de inducción al suicidio).

III. INDUCCIÓN AL SUICIDIO

El delito de inducción al suicidio se regula en el apartado 1 del art. 143 del CP: “*El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años*”.

1. El tipo del delito de inducción al suicidio

1.1. Tipo objetivo

La acción consiste en inducir a otra persona a que se suicide. El inductor hace nacer en el inducido por medio de influjos psíquicos (se excluyen las aportaciones materiales que logran la adopción de la resolución suicida) la voluntad de morir, inexistente hasta ese momento, por lo que si el sujeto pasivo estaba ya decidido previamente a quitarse la vida, no habrá inducción al suicidio, aunque podría incardinarse la conducta, en su caso, en el apartado 2 del art. 143 del CP, como cooperación necesaria al suicidio a través de medios psíquicos.

La inducción al suicidio ha de ser directa, es decir, dirigida a una persona o personas determinadas (guía espiritual de una secta que instiga a un grupo determinado de fieles a quitarse la vida) para que realicen precisamente una acción de suicidio. No habrá, por tanto, inducción al suicidio cuando el mensaje suicida va

dirigido a un grupo indeterminado de individuos (persona que escribe en un diario un artículo donde se defiende y preconiza la eutanasia). Tampoco bastarán meras sugerencias en abstracto sobre la posibilidad de suicidarse, exaltaciones de la idea de suicidio o comunicación de noticias que sumen a la víctima en un estado de ánimo negativo.

Además de directa, la inducción ha de ser eficaz, lo que implica que el sujeto adopte la resolución de suicidarse y, además, dé inicio a la ejecución de la acción suicida (resultados intermedios distintos del propio resultado de muerte). El concepto de inducción está integrado, por tanto, por la acción inductora, la producción de la resolución de suicidarse y su puesta en ejecución (Díez Ripollés).

Si el sujeto pasivo no tiene la capacidad para tomar la decisión de morir a la que se ha hecho referencia más arriba, el acto de determinarlo a causar su propia muerte no constituirá una inducción al suicidio. Así, por ejemplo, quien convence a un niño o a un oligofrénico profundo para que se quite la vida, no comete una inducción al suicidio, sino un homicidio en autoría mediata.

La inducción exige una conducta activa, por lo que este delito no puede realizarse por omisión.

El resultado material, como ya hemos visto, está constituido por la muerte del suicida.

1.2. Tipo subjetivo

El dolo debe extenderse a todos los elementos objetivos del tipo, por tanto, también al resultado de muerte del suicida. No concurrirá el tipo subjetivo de este delito si el sujeto activo no pretende que la víctima se quite la vida, sino solo el inicio de la ejecución suicida.

Por la propia idiosincrasia de la inducción, el dolo debe ser directo, quedando excluido el dolo eventual. Idénticos motivos servirían para excluir la comisión imprudente, si no fuera porque su impunidad deriva ya de su falta de castigo expreso en el CP (art. 12 del CP).

2. Formas imperfectas de ejecución

La tentativa es posible desde un punto de vista conceptual. Los supuestos que pueden presentarse son los siguientes:

1. El sujeto activo realiza actos de inducción para que otra persona se suicide, pero no logra que esta adopte la resolución de quitarse la vida (tentativa inacabada).
2. El sujeto activo convence a la víctima para que se suicide (consigue, por tanto, que tome la decisión de suicidarse), pero por distintas razones esta no llega siquiera a iniciar la ejecución del suicidio (tentativa inacabada).
3. El sujeto activo convence a la víctima para que se suicide, y esta inicia la ejecución del suicidio pero sin conseguir que se produzca la muerte (tentativa acabada) (STS de 30 de diciembre de 2009).

Cuestión distinta de la posibilidad dogmática de la tentativa, es si debe castigarse. Coincidimos con la mayor parte de la doctrina en dejar impunes los supuestos de tentativa inacabada. Uno de los argumentos en defensa de esta postura deriva de la comparación de estos supuestos con casos similares realizados en el

ámbito del homicidio doloso. En efecto, si *A* trata de convencer a *B* para matar a un tercero, pero *B* ni siquiera adopta la resolución delictiva o, aun adoptándola, no da comienzo a la ejecución del homicidio, la conducta realizada por *A* es una tentativa de inducción a un delito de homicidio, que, como tal, es impune (no puede castigarse por inducción, si acaso, como proposición). Pues bien, si la tentativa de inducción a un homicidio (muerte de otra persona) no se castiga como tal inducción, consideramos que tampoco debe castigarse el mismo comportamiento referido, no a un homicidio (castigado con prisión de diez a quince años), sino a un suicidio, que, como hecho en sí considerado, es impune.

Los supuestos de tentativa acabada, por el contrario, sí deben castigarse. En relación con ellos no sirve el argumento anterior, pues conductas paralelas en el ámbito del homicidio son claramente punibles (como inducción a un homicidio en grado de tentativa). Por tanto, en el ejemplo 3, el sujeto, autor de una inducción al suicidio en grado de tentativa, sería castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la de prisión de cuatro a ocho años. Hay autores, no obstante, que aducen razones teleológicas para propugnar también la impunidad de los supuestos de tentativa acabada (Díez Ripollés).

3. Formas de participación

Algunos autores niegan la participación en el delito de inducción al suicidio invocando la inadmisibilidad general de la participación en la participación o alegando, en el caso de la inducción, que esta ha de ser directa, lo que lleva a descartar una inducción a la inducción. Estos argumentos, sin embargo, no son correctos, pues no hay que olvidar que la inducción al suicidio (al igual que la cooperación necesaria al suicidio) ha sido elevada por el legislador a la categoría de delito autónomo, por lo que el inductor (y el cooperador necesario) a un suicidio no es un partícipe, sino un autor. Por ello, la cooperación necesaria o la inducción a una inducción al suicidio, no son participaciones en una participación, como dicen estos autores, sino participaciones en una autoría, perfectamente posibles desde un punto de vista conceptual.

Como se acaba de ver, pues, es posible dogmáticamente la participación (inducción, cooperación necesaria e, incluso, complicidad) en una inducción al suicidio. Debemos ahora determinar, problema distinto, si debe o no castigarse. En nuestra opinión, los supuestos de participación en el delito de inducción al suicidio no deben castigarse, y el argumento es similar al utilizado anteriormente para excluir el castigo de los supuestos de tentativa inacabada: si ya es discutible que conductas semejantes deban castigarse en el ámbito del delito de homicidio, lo oportuno es dejarlas impunes cuando el hecho de referencia es un suicidio. Procede una interpretación restrictiva.

En conclusión, los supuestos de participación en la inducción al suicidio deben quedar impunes, salvo que puedan ser considerados directamente cooperación necesaria al suicidio del art. 143.2 del CP.

4. Penalidad

El art. 143.1 del CP castiga la inducción al suicidio con la pena de prisión de cuatro a ocho años. En cuanto a las penas accesorias, rige lo dispuesto en el art. 56.1 del CP.

IV. COOPERACIÓN NECESARIA AL SUICIDIO

El apartado 2 del art. 143 del CP castiga con la pena de prisión de dos a cinco años “*al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona*”.

1. El tipo del delito de cooperación necesaria al suicidio

1.1. Tipo objetivo

La acción consiste en cooperar con actos necesarios al suicidio de otra persona. En el art. 409 del CP anterior se castigaba a quien *prestaba auxilio* a otro para que se suicidara, expresión esta que abarcaba supuestos de cooperación necesaria y complicidad. La regulación actual, por el contrario, restringe el tipo a los supuestos de cooperación necesaria, de modo que los actos constitutivos de mera complicidad son impunes. La delimitación entre acto necesario (punible) y acto no necesario (impune) hace resurgir aquí la dificultad dogmática de la delimitación entre la cooperación necesaria (art. 28 b) del CP) y la mera complicidad (art. 29 del CP). Puede utilizarse en el ámbito que nos ocupa alguno de los numerosos criterios ofrecidos por la doctrina para solucionar este espinoso problema (véase la Parte general del Derecho penal), aunque ninguno es plenamente convincente. Tampoco el que nosotros vamos a ofrecer. Sin ninguna duda, deben quedar excluidas de la cooperación necesaria al suicidio aquellas contribuciones que no sean causales para la producción de la muerte del suicida. Respecto de las que sí son causales, solo serán necesarias, y por tanto típicas, aquellas que desde una perspectiva *ex ante*, y teniendo en cuenta el plan del suicida, sean consideradas por una persona inteligente y sensata como esenciales para la consecución del suicidio. Así, por ejemplo, dejar al alcance de la boca de un tetrapléjico un líquido con veneno para que lo sorba, puede considerarse como una cooperación necesaria. Por el contrario, la esposa que facilita al marido, que ya antes se había disparado sin éxito, dos cartuchos de una caja cuya ubicación aquel conocía, debe considerarse en nuestra opinión un supuesto de cooperación no necesaria al suicidio (impune).

Otro asunto que debemos tratar es si se puede realizar la cooperación necesaria al suicidio en comisión por omisión, esto es, si la no evitación del suicidio de otro tiene cabida en el art. 143.2 del CP (SAP de Girona de 23 de marzo de 2001: de vuelta a casa *B* descubre a *C*, su esposa, intentando suicidarse mediante el procedimiento de inhalar gas en una bolsa de plástico, y, tras observar la escena, *B* abandona la estancia y permanece en el salón contiguo hasta que se produce la muerte de *C*).

Un número importante de autores es partidario del castigo de la no evitación de un suicidio. Según este sector doctrinal, en los casos en los que el omitente tiene la posición de garante (como podía ser en el ejemplo anterior), el tipo realizado sería el del art. 143.2 en comisión por omisión. Si carece de ella, la conducta debería castigarse por omisión del deber de socorro (art. 195 del CP).

Si, como hemos defendido, deben quedar excluidas de la cooperación necesaria al suicidio aquellas contribuciones que no sean causales para la producción de la muerte del suicida, en consecuencia debemos descartar la posibilidad de que la cooperación necesaria al suicidio pueda realizarse en comisión por omisión, pues como ya sabemos las omisiones no *causan* resultados, se limitan a no impedir su producción. Los argumentos que esgrime parte de la doctrina para negar la comisión por omisión en este delito son perfectamente válidos:

1. Un requisito esencial de la comisión por omisión es que el omitente tenga la posición de garante en relación con el bien jurídico afectado. Pues bien, la voluntad de morir del suicida, el libre rechazo a ser auxiliado, hace desaparecer la posición de garante en la que pudiera encontrarse previamente el tercero. En nuestro modelo constitucional, donde la libertad individual se erige en uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE), las posiciones de garante son instrumentos de protección solo respecto de aquellos bienes jurídicos que desean ser protegidos. Obligar a un sujeto a soportar una actuación supuestamente en su beneficio en contra de su voluntad, se compeadece mal con la libertad individual a la que hemos hecho referencia. Sin posición de garante no puede fundamentarse una comisión por omisión. Tampoco podría aplicarse la omisión del deber de socorro del art. 195 del CP. Uno de los elementos típicos de este delito es que el sujeto pasivo sea una persona *desamparada*, y no puede considerarse como tal al individuo que de una manera voluntaria se coloca en una situación de peligro para su vida.

2. Como veremos más adelante, la figura atenuada del art. 143. 4 del CP solo alude a la cooperación necesaria activa. Si esto es así, es porque la cooperación necesaria omisiva no necesita atenuación al estar excluida ya del tipo del art. 143.2 del CP. Si se insiste en ubicar dentro de este último precepto también los casos de cooperación necesaria en comisión por omisión, llegamos al absurdo de, en contextos eutanásicos, castigar con menor pena la cooperación necesaria activa que la omisiva.

3. La impunidad de la complicidad activa al suicidio de otra persona, conclusión a la que hemos llegado más arriba, debe llevarnos también a la exclusión de la comisión por omisión del ámbito del art. 143.2 del CP, pues de lo contrario se produciría la incoherencia valorativa y sistemática de dejar impune el comportamiento activo, llevado a cabo por un supuesto garante, de, por ejemplo, poner al alcance del suicida el medio comisivo que hubiera podido procurarse por sí solo (complicidad), y castigar el mero no hacer nada de ese mismo garante para evitar el suicidio. El ordenamiento jurídico estaría obligando a ese sujeto a evitar un suicidio al que le está permitido contribuir lícitamente con un comportamiento activo de complicidad.

4. Finalmente, si la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente concede a este el derecho a rechazar tratamientos médicos salvadores (véanse los arts. 2.4, 8 y 21), la coherencia del ordenamiento jurídico parece exigir que el CP no castigue a quien omite salvar al suicida que ha adoptado una decisión libre y responsable.

El resultado material está constituido por la muerte del suicida.

1.2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo está conformado por el dolo, que se extenderá a todos los elementos objetivos del tipo, también, por tanto, al resultado de muerte. El dolo puede ser directo o eventual. La cooperación necesaria imprudente es impune.

2. Formas imperfectas de ejecución y formas de participación

Habrà una tentativa inacabada de cooperación necesaria al suicidio en los casos en que el sujeto no ha realizado todavía todos los actos favorecedores del suicidio o cuando, habiéndolos realizado, el suicida no ha comenzado la ejecución de la acción

suicida (se facilita a la víctima un veneno al que ella no hubiera tenido acceso, pero esta no se lo toma). Esta tentativa, en nuestra opinión, debe quedar impune por razones semejantes a las esgrimidas para dejar sin castigo la tentativa inacabada de inducción al suicidio. Nos encontramos ante una tentativa acabada cuando el sujeto activo realiza los actos de cooperación necesaria y el sujeto pasivo inicia la ejecución de la acción suicida sin conseguir el resultado de muerte (partiendo del ejemplo anterior, la víctima se toma el veneno pero no logra causarse la muerte porque es trasladado al hospital donde impiden que muera). Los supuestos de tentativa acabada, por el contrario, sí deben castigarse (pena inferior en uno o dos grados a la de prisión de dos a cinco años).

La participación en el delito de cooperación necesaria al suicidio, posible desde un punto de vista dogmático, debe quedar impune. Sirve aquí el argumento ofrecido en el epígrafe dedicado a las formas de participación en el delito de inducción al suicidio.

3. Concursos

Los supuestos en los que una misma persona induce a otro a que se suicide y además coopera con actos necesarios en ese suicidio, son considerados por la doctrina de concurso de leyes que debe resolverse a favor de la aplicación de la inducción al suicidio.

4. Penalidad

La cooperación necesaria al suicidio se castiga en el art. 143.2 del CP con la pena de prisión de dos a cinco años. A diferencia del CP anterior, que castigaba con la misma pena las conductas de inducción y cooperación necesaria al suicidio, en el actual, la cooperación necesaria se castiga con una pena sensiblemente inferior a la prevista para la inducción. El legislador ha considerado más grave convencer a una persona, que previamente no tenía la intención de suicidarse, para que se suicide, que ayudar a quien ya ha tomado la libre decisión de suicidarse.

V. HOMICIDIO CONSENTIDO

El delito de homicidio consentido se regula en el art. 143.3 del CP: “*Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte*” (SAP de Almería de 20 de febrero de 2002).

1. El tipo del delito de homicidio consentido

1.1. Tipo objetivo

Un sector de la doctrina considera que la conducta recogida en el apartado 3 del art. 143 del CP es, al igual que las reguladas en los apartados anteriores de este precepto y ya estudiadas, una participación en un suicidio. Por el contrario, otros autores entienden que se trata de una autoría de homicidio consentido.

El homicidio consiste en causar la muerte de otra persona, mientras que el suicidio es la causación de la propia muerte. En el apartado 3 del art. 143 del CP, a diferencia de sus apartados 2 y 3, el suicida no se causa la muerte a sí mismo, sino que es un tercero quien ejecuta la muerte de alguien que quiere morir (se castiga el

homicidio de un suicida, pero no un suicidio). Lo que da unidad al art. 143 del CP, no es el concepto de suicidio, que falta en su apartado 3, sino la noción de suicida, común denominador de todos sus párrafos. Repárese en que los apartados 1 y 2 del art. 143 del CP se refieren al término *suicidio*, mientras que en el apartado 3 ya no se utiliza esta expresión, sino la de *ejecutar la muerte* (Díez Ripollés). En definitiva, nos parece más correcta la postura de aquellos autores que entienden que el art. 143.3 del CP recoge la autoría de un homicidio consentido (la acción típica coincide, pues, con la del homicidio).

Otro punto discutido en la doctrina es si debe exigirse para aplicar este tipo delictivo solicitud expresa por parte del que desea morir, o basta con la mera voluntad de morir. Los partidarios de la primera propuesta castigan como homicidio doloso del art. 138 los casos en los que el sujeto pasivo tiene voluntad de morir pero no hay por su parte una solicitud o petición expresa, mientras que los defensores de la segunda opción reconducen estos supuestos al delito en estudio. El apartado 3 del art. 143 del CP, a diferencia de lo que ocurre en el 4, no exige expresamente una solicitud por parte del sujeto pasivo, por lo que hay que considerar que basta con la voluntad de morir.

Aunque algún autor admite la comisión por omisión en el homicidio consentido, la mayor parte de la doctrina niega con razón tal posibilidad. En efecto, como se ha dicho ya en el delito anterior, la voluntad de morir del suicida hace desaparecer la posición de garante en la que pudiera encontrarse previamente el tercero, y sin posición de garante no puede fundamentarse la comisión por omisión.

El resultado material es la muerte del suicida.

1.2. Tipo subjetivo

El dolo en este delito se configura como un dolo de homicidio, con la peculiaridad de que el sujeto activo tiene que conocer la voluntad de morir del sujeto pasivo.

2. Formas imperfectas de ejecución, autoría y participación

La tentativa en el homicidio consentido no presenta diferencias relevantes en relación con la tentativa del homicidio, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

En el homicidio consentido caben las tres formas de autoría: autoría unipersonal directa, coautoría y autoría mediata (siempre, claro está, que el sujeto pasivo no sea el instrumento, pues en este caso ya no sería un suicida en sentido jurídico-penal, y la conducta habría que calificarla de autoría mediata en un homicidio o asesinato). No hay problemas tampoco para apreciar las distintas formas de participación.

3. Concursos

Entre el homicidio consentido del art. 143.3 y el homicidio del art. 138 del CP existe una relación de concurso de leyes que debe resolverse por el principio de especialidad a favor del primero.

Más discutida es la solución que debe darse a los casos en que en el homicidio consentido concurre alguna circunstancia calificativa del asesinato (se ejecuta la muerte de alguien con voluntad de morir concurriendo la circunstancia de precio, recompensa o promesa). La mayor parte de la doctrina considera que entre el

homicidio consentido y el delito de asesinato existe una relación de concurso de leyes, si bien no hay unanimidad en cuanto a su solución. Unos lo resuelven, bien a través del principio de especialidad (art. 8.1.^a del CP), bien por el principio de subsidiariedad (art. 8.2.^a del CP), a favor del homicidio consentido, apreciando la circunstancia calificativa del asesinato (en nuestro ejemplo, el precio) como agravante genérica. Otros, aunque esta es una postura residual, por el principio de alternatividad (art. 8.4.^a), a favor del delito de asesinato.

En nuestra opinión, entre el homicidio consentido y el delito de asesinato no existe una relación concursal. La relación entre estos dos delitos es de exclusión, de tal manera que no es posible que un mismo hecho realice al mismo tiempo todos los requisitos típicos de ambas figuras delictivas. Esto se debe a que en el asesinato concurre un elemento de signo contrario al de la voluntad de morir presente en el homicidio consentido: la voluntad de vivir. Por ello, quien mata por precio a otra persona con voluntad de morir, solo realiza un homicidio consentido (y no al mismo tiempo un asesinato, pues este exige la voluntad de vivir) con la agravante genérica de precio, recompensa o promesa del art. 22. 3.^a del CP.

Puede ocurrir que en el intento de matar, sin conseguirlo, a otra persona que ha consentido su muerte, se le causen unas lesiones. Hay autores que estiman que, en casos como este, las formas imperfectas del art. 143.3 del CP absorben las lesiones corporales causadas. Aprecian, por tanto, únicamente una tentativa de homicidio consentido. A mi modo de ver con esta solución no se capta todo el contenido de lo injusto y de la culpabilidad del hecho, pues se han quedado sin (*des*)valorar las lesiones producidas. Por eso es más satisfactorio apreciar una tentativa de homicidio consentido en concurso ideal con un delito de lesiones consumado. Estas lesiones, según los casos, podrán ser dolosas o imprudentes (véase el epígrafe II. 4. de la Lección 1).

4. Penalidad

El homicidio consentido se castiga con la pena de prisión de seis a diez años. Deben tenerse en cuenta, por lo que respecta a las penas accesorias, los arts. 55 y 56 del CP.

VI. EUTANASIA

1. Introducción

El apartado 4 del art. 143 del CP presenta la novedad más importante de este precepto en relación con la regulación contenida en el CP anterior. Dispone este apartado que *“el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”*.

Existen distintas opiniones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la regulación contenida en este apartado transcrito. Se trata, siguiendo a la doctrina dominante, de una específica causa de justificación incompleta aplicable

exclusivamente a los tipos contenidos en los apartados 2 y 3 del art. 143 cuando concurren los concretos requisitos contenidos en el apartado 4 (esto es, cuando se den los elementos objetivos y subjetivo de esta específica causa de justificación incompleta). De aquí se derivan las siguientes consecuencias:

1. A los supuestos de inducción al suicidio (art. 143.1 del CP) no se les aplica esta causa de justificación incompleta. El requisito de *petición expresa, seria e inequívoca* del sujeto pasivo (art. 143.4) es incompatible con la conducta de inducción al suicidio, que se caracteriza, como hemos visto, por hacer nacer en el inducido la voluntad de morir (la petición expresa, seria e inequívoca supone ya una voluntad de morir, o, lo que es lo mismo, el sujeto con voluntad de morir no puede pedir a otra persona que lo induzca a quitarse la vida). Por tanto, si alguien induce a un enfermo grave a que se quite la vida realizará el tipo contenido en el apartado 1 del art. 143 del CP, sin que se le pueda aplicar la causa de justificación incompleta del apartado 4.

2. Presupuesto lógico de la aplicación de esta causa de justificación incompleta es la realización del tipo (consumado o en grado de tentativa) de una cooperación necesaria al suicidio (art. 143.2) o de un homicidio consentido (art. 143.3), y la no aplicación de una causa de justificación completa de los números 5 y 7 del art. 20 del CP. Si, analizada la conducta del sujeto, consideramos que no realiza el tipo de ninguno de estos dos delitos, o, en caso de que lo realice, concurre una causa de justificación completa de estado de necesidad o cumplimiento de un deber/ejercicio legítimo de un derecho, no tiene ya ningún sentido la aplicación del apartado 4. Dicho de otra forma, solo nos plantearemos la aplicación del apartado 4 del art. 143 del CP si la conducta del sujeto ha realizado el tipo de uno de los delitos contenidos en su apartado 2 o 3, y no concurre alguna de las causas de justificación aludidas.

3. Los concretos requisitos contenidos en el apartado 4 del art. 143, que luego estudiaremos, no pueden considerarse elementos específicos de un tipo atenuado. Este apartado no recoge un tipo atenuado de cooperación necesaria al suicidio o de homicidio consentido, sino los elementos objetivos y el subjetivo de una específica causa de justificación incompleta, y como tales hay que tratarlos.

Dicho esto, y antes de entrar en el estudio de los elementos concretos de esta causa de justificación incompleta, es necesario tratar los distintos supuestos de eutanasia con el objetivo de precisar qué casos ni siquiera realizan el tipo de los delitos de los apartados 2 y 3 del art. 143, cuáles realizan el tipo de alguno de estos delitos pero estarían justificados por concurrir una causa de justificación completa y, finalmente, a qué otros podría aplicárseles, de concurrir sus elementos, la causa de justificación incompleta del apartado 4.

2. Supuestos de eutanasia

La doctrina ha ofrecido múltiples clasificaciones de eutanasia. Tantas, que existe una cierta confusión al respecto. No es posible ni deseable, en este lugar, hacer una enumeración de todas ellas. Nos limitaremos simplemente a exponer la clasificación que nos parece más adecuada para los fines que nos ocupan, que no son otros que deslindar las conductas impunes de las punibles.

Atendiendo a la situación sanitaria en que se encuentra el sujeto pasivo (sus condiciones existenciales) y al modo en que tiene lugar, desde un punto de vista

temporal, la producción de la muerte (no aplazamiento, anticipación y producción directa), podemos hablar de tres clases de eutanasia (clasificación de Díez Ripollés):

1. Eutanasia terminal: abarca supuestos en los que “la medicina solo puede limitarse estrictamente a retrasar el momento de la muerte, sin capacidad para asegurar una vida que mantenga con una mínima autonomía las funciones vitales esenciales” (Díez Ripollés). Dentro de esta eutanasia se incluyen los enfermos terminales (personas que padecen una afección incurable que les ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que les llevará inevitablemente a la muerte en un periodo breve de tiempo) y las personas en estado vegetativo persistente (casos en que se ha perdido de modo irreversible la conciencia, y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno, donde la medicina se limita a mantener en estas condiciones las funciones vitales esenciales). La eutanasia consiste en este caso en no prolongar el proceso irreversible que conducirá a la muerte, es decir, en no aplazar el momento de esta. Algún autor habla en estos casos de eutanasia pasiva u ortotanasia.

Dentro de esta eutanasia se incluyen los comportamientos consistentes en no iniciar un tratamiento médico o quirúrgico o en interrumpirlo (por ejemplo, desconexión de aparatos de reanimación o manutención artificial de la vida del paciente). El no iniciar un tratamiento médico o quirúrgico (no conectar al enfermo a una máquina que lo va a alimentar artificialmente) es claramente un comportamiento omisivo. Se discute, sin embargo, si interrumpir el tratamiento (desconectarlo de la máquina que lo está alimentando artificialmente) es un comportamiento activo u omisivo. La opinión mayoritaria entiende que aunque el comportamiento, en sí mismo considerado, es constitutivo de una acción (desconectar la máquina), el hecho globalmente valorado es omisivo, pues ha de entenderse como la no continuación del suministro de sustento vital realizado a través de aparatos mecánicos. Pues bien, en relación con estos comportamientos omisivos, el hecho de que la medicina se muestre incapaz de garantizar al enfermo una vida en condiciones mínimas de calidad, pudiendo solo retrasar la muerte, hace que los deberes de garante y de socorro decaigan: el deber de velar por la vida del paciente se transforma en el deber de asegurar una muerte digna. En consecuencia, queda excluida la tipicidad del homicidio consentido (en los casos en los que hay consentimiento del paciente), del homicidio doloso por omisión (en los supuestos de no oposición del afectado o, en su caso, de su representante legal) y de la omisión del deber de socorro (en ambos casos). Solo cuando exista una oposición expresa del paciente, o, si este es incapaz, de su representante legal, la conducta realizará el tipo del homicidio doloso por omisión, aunque excepcionalmente podría estar justificada por la aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de un deber (por ejemplo cuando los medios disponibles son escasos y hay otros pacientes con mejor pronóstico).

En definitiva, mientras no concurra la oposición del paciente capaz, o, en caso de ser incapaz, de su representante legal, el personal sanitario que lleve a cabo estos comportamientos no realizará ninguna conducta típica. Es más, si el médico, en contra de la voluntad del afectado, sigue retrasando el momento de la muerte, podría realizar el tipo del delito de coacciones, e, incluso, de lesiones o malos tratos, que no podrán justificarse a través del art. 20.7.º del CP, pues, como ya hemos dicho, en tales condiciones no concurre el deber de velar por la prolongación de la vida del paciente (Díez Ripollés).

2. Eutanasia paliativa: alude a supuestos en que el suministro de analgésicos o lenitivos para mitigar o eliminar los graves sufrimientos padecidos por el paciente produce una anticipación del momento de la muerte (por ejemplo, el suministro de altas dosis de morfina puede acelerar la muerte). Algún autor la llama eutanasia activa indirecta. Dentro de esta eutanasia se incluyen, además de los enfermos terminales y personas en estado vegetativo persistente, los enfermos de muerte (personas que sufren una afección incurable que les conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado) y personas con afecciones incurables y permanentes (aquellos que padecen una enfermedad o minusvalía sin posibilidad fundada de curación que con seguridad o gran probabilidad persistirá durante toda su vida: supuesto típico sería la persona que se encuentra imposibilitada físicamente para causarse a sí misma la muerte) (Díez Ripollés).

Los comportamientos incluidos en esta clase de eutanasia (suministro de un potente analgésico que elimina el dolor pero simultáneamente anticipa el momento de la muerte) son generalmente activos. Su valoración jurídico-penal depende de si se realizan sobre enfermos terminales y personas en estado vegetativo persistente, o sobre enfermos de muerte y personas con afecciones incurables y permanentes.

Si el paciente es un enfermo terminal o una persona en estado vegetativo persistente, como la medicina es incapaz de garantizar al enfermo una vida en condiciones mínimas de calidad, el deber de velar por la vida del paciente se transforma en el deber de asegurar una muerte digna. En este contexto puede defenderse que no concurre el criterio de imputación objetiva del resultado consistente en que este último esté comprendido en el ámbito de protección de la norma. Esto es, de entre los resultados que tratan de evitar las normas implícitas en los tipos del homicidio doloso y del homicidio consentido, no se encuentra el de producir, en un contexto agónico, una anticipación del momento de la muerte propiciada por querer eliminar o mitigar los graves sufrimientos del paciente. En consecuencia, la conducta activa del médico no realizará el tipo del homicidio consentido (en los casos en los que hay consentimiento del paciente) ni del homicidio doloso por acción (en los supuestos de no oposición del afectado o, en su caso, de su representante legal).

En relación con enfermos de muerte y personas con afecciones incurables y permanentes, debido a que la medicina puede asegurar unas condiciones mínimas de calidad de vida, la argumentación tiene que ser distinta: la discusión ha de girar en torno a si en tales condiciones puede garantizarse o no una vida digna, alejada de tratos inhumanos o degradantes, donde desempeña un papel fundamental el consentimiento del afectado o, si este es incapaz, de su representante legal. Pues bien, en este ámbito, el médico que, con el consentimiento del paciente o de su representante legal, suministra analgésicos o lenitivos para mitigar o eliminar los graves sufrimientos padecidos por el afectado, anticipando de este modo el momento de su muerte, realiza el tipo objetivo y subjetivo del homicidio consentido del art. 143.3 del CP, pero su conducta estará justificada por concurrir la causa de justificación de cumplimiento de un deber (art. 20.7.º del CP): el deber de garantizar en todo momento una vida digna, es decir, libre de tratos inhumanos o degradantes (no

hay que olvidar que la finalidad del tratamiento es eliminar o mitigar graves sufrimientos), así como el de respetar el derecho de todo paciente a la libre elección entre los tratamientos disponibles, deben considerarse de rango superior al deber de salvaguardar una vida que el afectado no considera digna de vivirse en tales condiciones. Si el médico decidiese no eliminar o mitigar los sufrimientos contra la voluntad del afectado, podrían apreciarse unas lesiones corporales o malos tratos por omisión difíciles de justificar.

3. Eutanasia cualitativa: comprende supuestos en los que se produce de un modo inmediato y directo la muerte del agonizante y/o sufriente. Se trata, predominantemente, de comportamientos activos. Por ello es denominada por muchos autores, eutanasia activa directa. Dentro de esa eutanasia se incluyen todas las situaciones sanitarias abarcadas por la eutanasia terminal y la paliativa.

En esta eutanasia, ya no se trata de no prolongar el proceso irreversible que conduce a la muerte, o de anticipar el momento de esta por el suministro de analgésicos que tiene por objeto eliminar o mitigar los graves sufrimientos del paciente, sino de producir de modo inmediato y directo la muerte del afectado (suministrarle una inyección letal, por ejemplo), lo que nos coloca en una situación distinta. Quien lleve a cabo este tipo de comportamientos con la voluntad del sujeto pasivo, realizará el tipo del homicidio consentido del art. 143.3 del CP (si el sujeto activo se limita a proporcionar al paciente el medio letal con el que este se quitará la vida, el tipo realizado será el del art. 143.2). A estas conductas típicas se les aplicará la causa de justificación incompleta contenida en el apartado 4 del art. 143 del CP, siempre que concurran sus requisitos, que analizaremos en el epígrafe siguiente.

3. La causa de justificación incompleta del art. 143.4 del CP

3.1. Elementos objetivos

3.1.1. Requisitos relativos al estado físico del sujeto pasivo

El art. 143.4 del CP dispone que la víctima sufra “*una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar*”. Este apartado, por tanto, exige la concurrencia de una de las dos siguientes alternativas (basta, pues, con que concurra una, aunque pueden darse las dos):

1. Enfermedad grave que conduce necesariamente a la muerte: abarca enfermedades permanentes e incurables conducentes a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado. Se incluyen aquí los enfermos terminales, personas en estado vegetativo persistente y enfermos de muerte. De la redacción del apartado 4 del art. 143 del CP no se deduce, como exige algún autor, que el enfermo esté imposibilitado para producirse la muerte por sí mismo o que tenga grave dificultad para ello.

2. Enfermedad grave que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. El término *enfermedad* ha de entenderse en un sentido amplio, como «alteración del normal funcionamiento del organismo humano» (Díez Ripollés), y no limitado a una patología, con la finalidad de que queden incluidos los menoscabos de la integridad con efectos funcionales y minusvalías (por ejemplo, tetraplégicos). La expresión *padecimiento* no solo

abarca el sufrimiento físico (dolor físico), sino también el sufrimiento psicológico (que es el que puede concurrir en personas completamente inmobilizadas). Los padecimientos han de ser graves (de entidad considerable) y permanentes, esto es, incurables, sin que sea necesario que el sufrimiento sea continuo, aunque no basta con que sea esporádico. Finalmente, la dificultad de soportar los padecimientos ha de venir determinada por el propio sentimiento del enfermo, y no por terceras personas (familiares o allegados).

3.1.2. Requisitos relativos a la petición del enfermo

Exige el apartado 4 del art. 143 del CP una petición expresa, seria e inequívoca del sujeto pasivo. De esta locución se derivan los siguientes requisitos:

1. Debe existir una *petición* o solicitud por parte del sujeto pasivo, por lo que no basta con el mero consentimiento a una propuesta ajena. La iniciativa ha de partir, por tanto, del enfermo. Quedan excluidos de la aplicación de esta causa de justificación incompleta, como ya vimos, los supuestos de inducción del art. 143.1 del CP.

2. La petición ha de ser *expresa*. Caben por tanto peticiones verbales o escritas, pero no las tácitas o por actos concluyentes. Queda excluido, por supuesto, el consentimiento presunto. Se discute por la doctrina si debe otorgarse validez a un documento de instrucciones previas (el llamado testamento vital) en el que el sujeto ha expresado que se le aplique la eutanasia cualitativa en caso de verse en alguna de las situaciones sanitarias descritas en el apartado 4 del art. 143 del CP y no pueda, cuando esto ocurra, realizar la solicitud válidamente debido a su estado. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, regula en su art. 11 las denominadas instrucciones previas. En el apartado 3 de este precepto dispone que “*no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico*”. En la medida en que la petición de una eutanasia cualitativa supone la solicitud de un acto delictivo, un documento de instrucciones previas con este contenido carece de validez a los efectos de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente. De aquí, sin embargo, no cabe deducir que carezca asimismo de validez a los efectos de aplicar la causa de justificación incompleta del art. 143.4 del CP. Este apartado no exige que la petición expresa sea actual, por lo que, en nuestra opinión, un documento de instrucciones previas con las características antes descritas ha de considerarse petición expresa siempre que las circunstancias a las que se condiciona la petición coincidan plenamente con las concurrentes en el momento de llevarse a cabo la conducta típica solicitada.

3. La petición debe ser *seria*, esto es, firme y reflexiva (no ha de ser consecuencia impulsiva de la situación de angustia en la que pueda encontrarse el sujeto), formulada de tal modo que no haya dudas sobre su carácter definitivo. El carácter serio de la petición requiere que el sujeto conozca plenamente su diagnóstico, pronóstico y posibles tratamientos. No será seria la petición sustentada en asunciones falsas en cuanto al carácter mortal e irreversible de la enfermedad, o la emitida con engaño (por ejemplo, se engaña al enfermo sobre los enormes gastos que el tratamiento de su enfermedad supondrá para la familia) o bajo presión.

4. La petición ha de ser, además, *inequívoca*, es decir, que sea formulada en términos claros y precisos, que no exista ninguna duda sobre la petición o su propósito. Una petición ambigua, susceptible de varias interpretaciones o que

entrañe alguna duda respecto al contenido o significado de la petición, carecerá de validez.

5. Finalmente, la petición tiene que ser personal, realizada por el propio sujeto pasivo (*por la petición (...) de éste*, reza el apartado 4 del art. 143 del CP), sin que sea válida la formulada por terceros en nombre o representación de aquel. Por tanto, no cabe que familiares o allegados formulen la petición en lugar de pacientes que no tengan en ese momento capacidad natural de juicio para realizar una petición jurídicamente relevante (niños, personas inconscientes, etc.).

3.2. Elemento subjetivo

El sujeto activo tiene que conocer la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación incompleta. No podrá aplicarse esta si aquel desconoce que el sujeto pasivo se encuentra en una de las situaciones clínicas descritas en el apartado 4 del art. 143 del CP, o no sabe de la existencia de la petición expresa, seria e inequívoca del afectado.

3.3. Atenuación

La concurrencia de esta causa de justificación incompleta supone, según establece el art. 143.4 del CP, la disminución en uno o dos grados de la pena de prisión de dos a cinco años (si el tipo realizado es el del art. 143.2) o de la pena de prisión de seis a diez años (si el tipo realizado es el del art. 143.3). Esta disminución de la pena va a permitir en un buen número de supuestos que al condenado se le puedan aplicar las reglas de suspensión de ejecución o de sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss. del CP).

LECCIÓN 4

ABORTO

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tras la regulación de los delitos relativos a la vida humana independiente, el título II del Libro II del CP está dedicado a las figuras delictivas de aborto (arts. 144 a 146 CP). En particular son cinco las modalidades de conducta tipificadas como delito de aborto:

a) Aborto doloso causado por un tercero sin consentimiento de la mujer o con consentimiento viciado (art. 144 CP).

b) Aborto doloso causado por un tercero con consentimiento de la mujer realizado fuera de los casos permitidos por la ley (art. 145.1 CP).

c) Aborto doloso causado por facultativos dentro de los casos permitidos por la ley, pero sin observar los requisitos procedimentales exigidos (art. 145 bis CP).

d) Provocación del propio aborto y prestación del consentimiento por la mujer para que un tercero cause el aborto fuera de los casos permitidos por la ley (art. 145.2 CP).

e) Aborto causado por persona distinta de la mujer por imprudencia grave (art. 146 CP).

Bien jurídico protegido por estos delitos es la vida humana dependiente o en formación. La protección de este bien jurídico es de menor intensidad que la que corresponde a la vida humana independiente. Además, como señala Muñoz Conde, la protección penal de la vida en su fase dependiente presenta peculiaridades que se derivan del hecho de que la continuación de un embarazo afecta también a bienes jurídicos de la mujer como son su vida, salud, libertad o dignidad. El propio TC (STC 53/1985, de 11 de abril) ha indicado que la vida humana dependiente es un bien jurídico que el Estado debe proteger, pero esa protección jurídica no puede considerarse una protección absoluta, sin excepciones, pues los derechos a la vida, la salud, la libertad y la dignidad de la mujer son también derechos fundamentales que igualmente deben ser protegidos por el Estado.

Los ordenamientos penales acogen distintos sistemas para tratar de dar solución a ese conflicto de intereses entre la protección de la vida humana en formación y otros bienes jurídicos como la vida, salud, libertad o dignidad de la mujer. A grandes rasgos, se distinguen dos modelos de regulación. El llamado sistema de las indicaciones y el llamado sistema del plazo. El primero parte de la prohibición del aborto como regla general, pero se admiten unos supuestos (indicaciones) en las que se autoriza la interrupción del embarazo. El llamado sistema de plazos establece la impunidad de la interrupción del embarazo realizada con consentimiento de la mujer que se realice en las primeras semanas de gestación (que suele situarse en torno a las doce o catorce semanas).

II. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2010, DE 3 DE MARZO, DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

En nuestro ordenamiento jurídico-penal se introdujo por primera vez una despenalización de determinados supuestos de aborto en el año 1985. La LO 9/1985, de 5 de julio, introdujo en el entonces vigente Código penal el artículo 417 bis que declaraba no punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección y con consentimiento expreso de la mujer embarazada:

1.º Cuando se practicaba para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la mujer embarazada (indicación terapéutica).

2.º Cuando el embarazo era consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, se presentara denuncia por ello y se practicara dentro de las doce primeras semanas (indicación ética).

3.º Cuando era previsible que el feto naciese con graves taras físicas o psíquicas y así constara en un dictamen emitido por dos especialistas distintos y tuviera lugar dentro de las veintidós primeras semanas de gestación (indicación embriopática).

Esta regulación se correspondía con el denominado modelo de las indicaciones. Se partía del castigo del aborto salvo que concurriese alguna de las indicaciones previstas. No se recogía expresamente la indicación económico-social. No obstante, excepcionalmente el TS había aplicado a supuestos de escasez económica la eximente de estado de necesidad. Así la STS de 11 de diciembre de 1990 se ocupó de un caso en el que un matrimonio, con una edad de 24 años los dos cónyuges, que tenía a los cuatro años de casarse tres hijos, de 3, 2 y 1 año, estaba pasando por una situación económica muy precaria. El TS absolvió al matrimonio y a un amigo que les prestó ayuda para abortar, pero no al médico que realizó el aborto cobrando por ello, aunque fue indultado posteriormente por el gobierno. La doctrina mayoritaria consideraba que estas indicaciones tenían la naturaleza de causas de justificación, de forma que su concurrencia excluía la antijuridicidad de la conducta.

El CP de 1995 mantuvo en vigor el artículo 417 bis del anterior CP que acogía el criterio de la despenalización parcial del aborto de acuerdo con el sistema de las indicaciones.

La aprobación de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo ha supuesto una modificación sustancial de la regulación penal del aborto. Esta nueva regulación entró en vigor el 5 de julio de 2010 y ha sido desarrollada por el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, y por el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, de Garantía de la Calidad Asistencial de la Prestación a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Como indica el propio preámbulo, en la ley se aborda la protección y garantía de los derechos relativos a la salud sexual y reproductiva de manera integral. Se prevé la adopción de un conjunto de acciones y medidas tanto en el ámbito sanitario como en el educativo, y se establece una nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo que busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos de la mujer y de la vida prenatal.

La novedad de la nueva regulación reside en la adopción del llamado sistema de plazos, con exigencia de asesoramiento, asumido también en una gran parte de los

países de nuestro entorno cultural. En el ordenamiento español, el plazo se extiende hasta las primeras catorce semanas de gestación. Este sistema se completa con la previsión de tres indicaciones por causas médicas (se habla de un sistema mixto de plazos e indicaciones).

Los aspectos esenciales de la nueva regulación son los siguientes:

1.- La interrupción del embarazo a petición de la mujer

La LOIVE garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, durante las 14 primeras semanas de gestación. En palabras del legislador: «la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer, y no contra ella». Esta nueva regulación exige que la mujer haya sido informada de todos los derechos que le asisten si desea continuar con el embarazo, así como de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la continuación del embarazo o de la interrupción del mismo; también se establece un periodo de reflexión para que la mujer pueda adoptar su decisión. Se alude a este modelo como «sistema de plazo con asesoramiento».

Señala González Rus que en la interrupción del embarazo a petición de la mujer se recoge una causa de atipicidad: la vida en formación es un bien jurídico penalmente protegido desde la anidación, pero hasta la decimocuarta semana sería titular exclusivo de dicho bien la mujer que, por tanto, podría disponer del mismo. Esto, añade González Rus, se corresponde con la visión dominante de la gestación como algo que debe insertarse dentro de la protección a los derechos «al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación», como explica la propia LO 2/2010. Muñoz Conde coincide en que en estos casos queda excluida la tipicidad. Para este autor se trata de un supuesto especial de exclusión de la tipicidad a través de un procedimiento (arts. 14 y 17), que si no se cumple da lugar a que la interrupción del embarazo constituya un hecho delictivo.

2.- Adicionalmente se prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo por causas médicas:

a. Se permite excepcionalmente la interrupción del embarazo realizada con consentimiento de la mujer entre las 14 y 22 semanas de gestación en los casos de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada.

b. Se permite excepcionalmente la interrupción del embarazo hasta la semana 22 de gestación en caso de riesgo de graves anomalías en el feto (art. 15 a) y b) LOIVE).

c. Se admite también el aborto con consentimiento de la mujer, sin límite temporal, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico (art. 15 c) LOIVE).

Según la mayoría de la doctrina estas indicaciones tendrían la naturaleza de causas de justificación (así González Rus, Muñoz Conde; sin embargo, considera que son causas de atipicidad Cugat Mauri).

Para la interrupción lícita del embarazo la ley exige la concurrencia de determinados requisitos: unos comunes a todos los supuestos y otros específicos.

A. Requisitos comunes

El artículo 13 de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, exige para la interrupción lícita del embarazo:

1.º Que se practique por un médico especialista o bajo su dirección. La LOIVE reconoce asimismo el derecho de los profesionales sanitarios de ejercer la objeción de conciencia.

2.º Que se lleve a cabo en centro sanitario público o privado acreditado.

3.º Que se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso del representante legal. Del consentimiento expreso solo se puede prescindir en el supuesto previsto en el art. 9.2 b) de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Según este precepto: *«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: (...) b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».*

Se establece expresamente que, en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, «el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad». No obstante, el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 13 LOIVE dispone que al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Y el artículo 8.1 RD 825/2010, de 25 de junio, obliga expresamente a que dicho representante legal acompañe «personalmente» a la mujer de 16 o 17 años cuando esta preste el consentimiento. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

Fuera de esta previsión quedan los supuestos de interrupción del embarazo de menores de 16 años donde será preciso el consentimiento de los padres o representantes legales.

B. Requisitos específicos

1.º Para los supuestos de interrupción del embarazo a petición de la mujer

La interrupción del embarazo realizada a petición de la mujer en las primeras 14 semanas de la gestación queda fuera del ámbito del Derecho penal (sin necesidad de que alegue causa alguna) pero está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos de carácter procedimental:

a) Se exige la entrega a la mujer de una información adecuada que incluya los derechos sociales, económicos y laborales que le asisten, así como de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo (artículo 17 LOIVE).

b) Se establece un periodo de reflexión de, al menos, tres días desde la recepción de esa información hasta la práctica de la interrupción del embarazo.

2.º Para los supuestos de interrupción del embarazo por causas médicas relacionadas con la mujer o con el feto:

- La ley permite la interrupción del embarazo cuando concurra un riesgo grave para la vida o la salud de la embarazada. En estos casos se precisa un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o dirija. Puede prescindirse de este requisito en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante. La propia LO 2/2010, de 3 de marzo, ofrece en su artículo 2.a) una definición del concepto de salud como «estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

La interrupción del embarazo debe realizarse dentro de las veintidós semanas de gestación. Límite que se establece atendiendo al consenso de la comunidad científica sobre el momento en que existiría viabilidad fetal. Si el peligro para la vida o la salud de la gestante se produce más allá de la semana 22, y no fuese posible un parto prematuro, el aborto que hubiera de realizarse podría ampararse en la causa de justificación de estado de necesidad (González Rus, Cugat Mauri).

- La interrupción del embarazo por causas médicas relacionadas con el feto se contempla en el artículo 15 b) LOIVE. Para que proceda su práctica, también dentro de las 22 primeras semanas de gestación, debe concurrir riesgo de graves anomalías en el feto, debiendo así constar en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos distintos del que la practique o dirija.

- Por último, se contempla para situaciones excepcionales la posibilidad de interrumpir el embarazo una vez transcurrido el plazo de las 22 semanas de gestación. Esta opción, recogida en el artículo 15 c) LOIVE, se prevé:

a) para los casos en que se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida. Su existencia debe quedar acreditada por un dictamen previo emitido por un especialista distinto del que practique la intervención;

b) cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico (integrado por dos médicos especialistas en ginecología u obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y un pediatra). Una vez que este comité confirme el diagnóstico, la mujer decidirá sobre la intervención.

III. LAS MODALIDADES DEL DELITO DE ABORTO

El Código penal recoge varias modalidades dolosas de aborto y una modalidad imprudente. Dentro de las primeras hay que distinguir los casos en que el aborto se produce sin consentimiento de la mujer y aquellos en los que concurre el consentimiento de la mujer. La regulación penal distingue, asimismo, entre los casos en que el aborto es practicado por un tercero o por la mujer.

1. Aborto doloso causado por un tercero sin consentimiento de la mujer o con consentimiento viciado (art. 144 CP)

El artículo 144 CP recoge la conducta más grave de todas las modalidades de aborto: el que se realiza sin consentimiento de la mujer. Su mayor gravedad radica en que a la lesión de la vida humana en formación se añade la de otro bien jurídico, la

libertad de autodeterminación de la mujer, su derecho a decidir sobre la continuación de la gestación.

La ley equipara los supuestos de no consentimiento a aquellos en los que se ha obtenido el consentimiento de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño. Por tanto, esta modalidad resultaría aplicable a:

a) supuestos en los que la mujer no tiene oportunidad de manifestar su opinión, por ejemplo, por estar inconsciente;

b) supuestos en los que la mujer ha manifestado expresamente su voluntad contraria al aborto;

c) supuestos en los que el consentimiento se ha obtenido mediante violencia, amenaza o engaño. Si media engaño tiene gran importancia el deber de información de los médicos con respecto a sus pacientes. Una información falsa (por ejemplo, que el feto sufre una grave anomalía física) o insuficiente hace que el consentimiento no tenga eficacia en la medida en que la falsedad o insuficiencia de la información haya condicionado el consentimiento de la mujer.

Sujeto activo puede ser cualquier persona distinta de la mujer y sujeto pasivo será el embrión o feto. En relación con el objeto material se exige que el producto de la concepción esté vivo, exigiéndose además viabilidad intrauterina (capacidad para desarrollarse dentro del vientre de la mujer).

La doctrina mayoritaria considera que el comienzo de la protección penal se sitúa en la fase de anidación del óvulo fecundado en el útero (catorce días después de la fecundación). Hasta ese momento no termina el proceso de individualización del embrión, por ello resulta atípico el empleo de cualquier método anticonceptivo que actúe antes de esa fase (por ejemplo la píldora del día siguiente). Por otro lado, la protección a través de estos tipos se extiende hasta el nacimiento. Cuando se produce la completa expulsión o separación del feto del claustro materno la vida humana pasa de ser dependiente a independiente y su protección se articula a través de los delitos de homicidio o asesinato que establecen mayor pena.

La acción típica consiste en producir un aborto, esto es, en la destrucción del producto de la concepción dentro del claustro materno o por su expulsión prematura provocada (Laurenzo Copello). No hay limitación en cuanto a los medios utilizados.

Caben todas las formas de dolo.

La consumación se produce con la muerte del embrión o feto. Se trata de un delito de resultado. Cabe la tentativa, tanto acabada como inacabada. Los actos preparatorios son impunes.

Se establece para este delito una pena de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de 3 a 10 años.

2. Aborto doloso causado por un tercero con consentimiento de la mujer fuera de los casos permitidos por la ley (art. 145.1 CP)

El artículo 145.1 CP castiga al que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento *fuera de los casos permitidos por la ley*. Como ya hemos visto, hay que completar la regulación penal con las previsiones establecidas en la LO 2/2010, de 3 de marzo, que permite la interrupción del embarazo a petición de la mujer dentro de las primeras catorce semanas de gestación y en otros tres supuestos

adicionales: a) cuando exista un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada y no se superen las veintidós semanas de gestación; b) cuando exista riesgo de graves anomalías en el feto y no se superen las veintidós semanas de gestación; c) cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad en el feto extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

El precepto es aplicable únicamente a terceros; a la mujer que presta su consentimiento para que un tercero le cause el aborto no se le castiga por el apartado 1 del artículo 145, sino por el apartado 2 de ese mismo precepto (que establece una pena menos grave). Si la conducta del tercero no es de autoría, sino que actúa como partícipe en el aborto realizado por la embarazada, el marco penal aplicable es el del artículo 145.2 CP (Muñoz Conde, Cugat Mauri).

La pena prevista es la de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. Esta pena se cualifica conforme a la agravación introducida por la LO 2/2010 para los casos en que la práctica se realice fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado (sobre las condiciones que han de cumplir los centros para su acreditación véase el anexo al RD 8/2010, de 25 de junio).

Se prevé una agravación de la pena (se impondrá en su mitad superior) si el aborto se practica una vez transcurrida la vigésimo segunda semana de gestación. Esta agravación se basa en el riesgo que supone la práctica del aborto para la salud de la mujer y en la superación del umbral de viabilidad fetal reconocido por la LO 2/2010 (Gómez Rivero).

3. Aborto doloso causado por un tercero con consentimiento de la mujer dentro de los casos permitidos por la ley, pero faltando determinados requisitos procedimentales (art. 145 bis CP)

Este precepto castiga a quien practique el aborto, dentro de los límites permitidos por la ley, pero sin cumplir determinados requisitos procedimentales que vienen establecidos en la LO 2/2010, de 3 de marzo. En particular:

- sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;
- sin haber transcurrido el periodo de espera contemplado en la legislación (tres días);
- sin contar con los dictámenes previos preceptivos;
- fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado (en este caso el juez podrá imponer la pena en su mitad superior).

Este tipo se configura como un tipo atenuado en el que la interrupción voluntaria del embarazo se practica dentro de los casos permitidos por la ley (el sujeto activo estaría por tanto limitado a los facultativos autorizados para practicar la interrupción del embarazo configurándose así como un delito especial), pero sin cumplir determinados requisitos formales.

La pena prevista es la de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años. A ello se añade la previsión de una agravación de las penas (que se impondrán en la mitad

superior) cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

La renuncia al establecimiento de penas de prisión (frente a las previsiones del artículo 145.1) se explica por la menor gravedad de estas conductas. Algunos autores han valorado críticamente el precepto por considerar que son comportamientos que deberían constituir meros ilícitos administrativos pero no penales (Hormázabal Malarée). Se critica, además, la equiparación de conductas de distinta gravedad, como la actuación con ausencia de dictámenes o sin haber comprobado que la embarazada ha sido informada de los derechos y prestaciones de apoyo a la maternidad o sin haber esperado al plazo que debe transcurrir entre la información y la práctica del aborto (Avelina Alonso de Escamilla).

El artículo 145 bis apartado 3 CP recoge una cláusula general de impunidad para la mujer embarazada que aborte «dentro de los casos contemplados en la ley» cuando no se cumplan los requisitos de que el aborto se practique en un centro acreditado, no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos, no haya transcurrido el periodo de espera o no se haya comprobado que la embarazada ha recibido la información preceptiva. Esta excusa absolutoria solo es aplicable a la embarazada, no a quien practique el aborto.

4. Causar el propio aborto y prestación del consentimiento para que un tercero cause el aborto (art. 145.2 CP)

En el apartado 2 del artículo 145 se recogen dos figuras distintas:

A. La primera se refiere a los casos en los que es la propia mujer quien se produce a sí misma el aborto.

B. La prestación del consentimiento para que un tercero le produzca el aborto fuera de los casos permitidos por la ley. Para que esta figura quede consumada no basta con un mero prestar el consentimiento, sino que es preciso para alcanzar la consumación que el tercero cause el aborto.

La pena prevista es la de multa de seis a veinticuatro meses. La LO 2/2010 ha modificado las penas previstas para la mujer, evitando en todo caso su castigo con una pena de prisión (anteriormente estaba prevista como pena alternativa la prisión de seis meses a un año).

Según Lorenzo Copello la atenuación responde a circunstancias personales que solo concurren en la embarazada. La peculiaridad que distingue a la mujer de cualquier otro interviniente en una interrupción del embarazo no es otra que la de ser ella la portadora del bien jurídico que se pretende proteger. El legislador ha tenido en cuenta esa especial relación que une a la embarazada con el *nasciturus*, vínculo que conduce a que el conflicto originado por su voluntad de interrumpir la gestación le afecte de un modo especial que no trasciende a terceros. El fundamento de la menor penalidad debe interpretarse como una circunstancia personal basada en la menor exigibilidad de la conducta, que por afectar las condiciones de motivabilidad de su destinataria encuentra su ubicación sistemática adecuada en la culpabilidad.

5. Aborto imprudente (art. 146 CP)

Este precepto castiga con la pena de prisión de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses al que por imprudencia grave causare un aborto.

La imprudencia ha de ser grave. La imprudencia grave supone la infracción de las normas de cuidado más elementales. En consecuencia, será impune el aborto ocasionado por imprudencia leve, ya que el Código no contiene ninguna disposición expresa en este sentido.

El apartado segundo contempla como supuesto agravado la llamada imprudencia profesional. Para estos casos dispone la aplicación adicional de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años. Con respecto a la imprudencia profesional la mayor parte de los casos tendrán lugar en el ámbito de la actividad sanitaria (por ejemplo, SAP Sevilla 832/09, 29 de diciembre, relativa al aborto imprudente grave de dos matrones que omiten su deber de avisar al ginecólogo cuando los registros cardiográficos evidenciaban sufrimientos fetales durante horas). Sin embargo, no es descartable que se aplique a casos ajenos al ámbito médico, por ejemplo, el empresario que someta a sus trabajadoras embarazadas a condiciones laborales peligrosas que desembocan en un aborto.

Finalmente, el último párrafo del artículo 146 dispone que la embarazada no será penada a tenor de este precepto. Por tanto, no se castiga a la embarazada cuando causa su propio aborto por imprudencia.

LECCIÓN 5*

LESIONES

I. INTRODUCCIÓN

El Título III del Libro II del CP contiene, bajo la rúbrica *De las lesiones*, la mayor parte de los delitos de lesiones del CP de 1995. Los epígrafes que contienen el estudio de estos delitos pueden ser dispuestos y presentados de varias maneras. En nuestro caso, el examen de estas figuras delictivas gira en torno a tres epígrafes centrales. El primero de ellos (II) contiene un análisis del bien jurídico protegido y del objeto material de los delitos de lesiones. El segundo (III), el más amplio, examina las modalidades dolosas de lesiones: el tipo básico (art. 147.1, pfo. 1.º), el tipo atenuado (art. 147.2), los tipos agravados facultativos (art. 148), los tipos agravados de resultado diferenciado (arts. 149 y 150), las faltas de lesiones y malos tratos (art. 617) y las figuras especiales de lesiones contenidas en los arts. 153, 154 y 156 bis del CP. Y el tercero de los epígrafes (IV) está dedicado a las modalidades imprudentes de lesiones.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y OBJETO MATERIAL

1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en las figuras de lesiones ha ido evolucionando en las últimas décadas hacia contenidos más amplios con el deseable objetivo de abarcar las distintas realidades y supuestos que se describen en estas figuras delictivas. Debemos manejar un bien jurídico que sea lo suficientemente amplio como para explicar resultados tan distintos como la pérdida de un miembro, la inutilidad de un órgano, la causación de una deformidad o la producción de una enfermedad somática o psíquica, pero no hasta tal punto que, de tan amplio, se convierta en algo absolutamente ineficaz para desempeñar el importante papel que el bien jurídico tiene en la interpretación de los tipos.

Hasta los años sesenta del siglo pasado, la jurisprudencia mayoritaria consideraba que la integridad corporal o física constituía el bien jurídico en las distintas figuras de lesiones. Hoy, salvo alguna sentencia aislada, se considera a este bien jurídico insuficiente para abarcar la rica variedad de resultados descritos en los arts. 147 y ss. del CP (así, por ejemplo, este bien jurídico no podría explicar la causación de una enfermedad psíquica). Tampoco sería suficiente la sola alusión a la salud física o mental, entendida esta como la mera ausencia de enfermedad, pues no quedarían abarcados determinados menoscabos en la constitución corporal de la persona.

En el lado opuesto se encuentran los que defienden la incolumidad corporal o personal (bienestar personal) como bien jurídico protegido en las lesiones. Si los anteriores bienes jurídicos se han rechazado por demasiado limitados, el de la

* Jorge Vizueta Fernández

incolumidad personal debe rechazarse por excesivamente amplio e impreciso, capaz de abarcar cualquier tipo de molestia personal. Esto no solo es contrario al principio de intervención mínima, básico en Derecho penal, sino que se compadece mal con la estructura típica de las figuras de lesiones.

En nuestra opinión, el bien jurídico protegido en los delitos en estudio es la salud personal, pero entendido como un bien jurídico complejo, formado por dos dimensiones relevantes: la integridad corporal y la salud (física y mental) en sentido estricto. La integridad corporal se refiere al “estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico-funcional interna y externa”, y resultará vulnerada “a través de toda pérdida, inutilización, menoscabo o desfiguración de cualesquiera órganos, miembros o partes del cuerpo” (Díez Ripollés). La salud en sentido estricto, por su parte, no debe entenderse de forma tan amplia a como lo hace la Carta fundacional de la Organización Mundial de la Salud (estado de completo bienestar físico, mental y social), sino que hay que limitarla a la doble vertiente física y mental del ser humano. La salud así entendida se ve menoscabada por la provocación de enfermedades físicas o psíquicas (SsTS de 12 de febrero de 2007 y 30 de marzo de 2007).

La configuración de la salud personal en su doble dimensión, integridad corporal y salud física y mental, constituye un firme argumento para considerar atípicas aquellas afecciones a la integridad corporal que supongan, en una ponderación global de la situación, una mejora del estado de salud del individuo, como puede ser la amputación de un brazo gangrenado o la extirpación de un testículo afectado por un tumor maligno.

2. Objeto material

El objeto material de los delitos en estudio es el ser humano ya nacido y todavía vivo distinto del propio autor. Sirve aquí, por tanto, lo ya dicho en relación con los límites mínimo y máximo del objeto material de los delitos contra la vida humana independiente (Lección 1). La integridad y salud del no nacido se protegen de forma limitada en otro lugar, en los arts. 157 y 158 del CP, donde se castigan determinadas lesiones al feto.

El ser humano ya nacido y todavía vivo tiene que ser distinto del propio autor (“el que causare a *otro* una lesión”, reza, entre otros, el tipo básico de lesiones del art. 147.1, pfo. 1.º del CP). Por tanto, la conducta de quien se causa a sí mismo unas lesiones (autolesiones) es atípica. Al ser atípicas las autolesiones, es impune la participación de un tercero en las mismas. Ello se debe a que, de acuerdo con el principio de accesoriedad de la participación, para que la conducta del partícipe sea punible, la conducta del autor ha de ser, al menos, típica. Además, a diferencia de lo que ocurre con la participación en un suicidio, el legislador no ha castigado expresamente, elevándola a la categoría de delito, la participación de un tercero en unas autolesiones. Finalmente, debe considerarse también impune el consentimiento para ser lesionado por otro, pues aunque la conducta de este último puede resultar típica, y la prestación del consentimiento pudiera entenderse como una participación, resultaría absurdo castigar a una persona por participar en la lesión que otro le causa, y dejarla impune cuando se autolesiona. El bien jurídico salud personal no se protege frente a actuaciones que provengan del titular de ese bien jurídico, sean estas constitutivas de autoría o de participación.

III. MODALIDADES DOLOSAS

1. Tipo básico de lesiones (art. 147.1, pfo. 1.º del CP)

El tipo básico de lesiones se encuentra regulado en el párrafo primero del apartado 1 del art. 147 del CP: “*El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”. Constituye este tipo delictivo la figura básica sobre la cual se ordena el sistema de las infracciones de lesiones. Por ello, muchos de sus elementos típicos son comunes a otras figuras de lesiones.

1.1. Tipo objetivo

Sujeto activo puede ser cualquier persona. Sujeto pasivo, que en este delito coincide con el objeto material, puede ser asimismo cualquier persona, incluidos aquellos sujetos respecto de los cuales se han creado tipos específicos (arts. 486.2, 605.2, pfo. 2.º, etc.), con los que el tipo en estudio entrará en una relación de concurso de leyes que se resolverá a favor de aquellos por ser más especiales.

La acción consiste en cualquier comportamiento (“*por cualquier medio o procedimiento*”, dice el art. 147.1 del CP) que cause a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental. Los medios o formas de realización de la acción están, por tanto, indeterminados. Quedan abarcados por el tipo los siguientes comportamientos:

1. Empleo de medios físicos violentos sobre el cuerpo del sujeto pasivo: golpear con un palo, apuñalar, disparar con una pistola, etc.
2. Empleo de medios materiales no violentos: suministrar un veneno o alimentos en mal estado, hacer inhalar un gas, realizar conductas transmisoras de enfermedades (determinadas prácticas sexuales), colocar al sujeto pasivo en un medio hostil (bajas o altas temperaturas, radiaciones), etc.
3. Empleo de medios de naturaleza psíquica, que pueden afectar a la salud física o mental: actos terroríficos capaces de producir perturbaciones psíquicas al neurótico, falsas noticias que pueden agravar al cardíaco, tratos especialmente desconsiderados que producen angustia o pérdida de autoestima, etc. (la SAP de Guipúzcoa de 15 de julio de 2005 castiga por un delito de lesiones psíquicas en concurso ideal con un delito contra la integridad moral del art. 173 del CP, el acoso sistemático llevado a cabo sobre la víctima por un grupo de compañeros de clase que le produce un desequilibrio emocional que desemboca en suicidio).

La locución “*por cualquier medio o procedimiento*” acoge sin dificultad la comisión por omisión, siempre que concurren los requisitos exigidos en el art. 11 del CP (sería el caso, por ejemplo, del médico que deja que empeore la afección de su paciente).

El resultado típico está constituido por un menoscabo en la integridad corporal o en la salud física o mental que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. El que la

primera asistencia deba ser *facultativa*, y el tratamiento haya de ser *médico o quirúrgico*, incluye a ambos conceptos dentro de las actividades propias de los profesionales de la sanidad, esto es, de las actividades competencia de cualquier titulación sanitaria: Medicina, Odontología, Farmacia, Enfermería, Fisioterapia, etc. Pero esto solo supone una primera delimitación. El verdadero problema reside en diferenciar la *primera asistencia facultativa*, del *tratamiento médico o quirúrgico*, cuestión por lo demás de suma importancia, pues, una vez requerida objetivamente una primera asistencia facultativa, la necesidad o no de un tratamiento médico o quirúrgico para curar la lesión es lo que distingue, como veremos, el tipo en estudio, de la falta de lesiones del art. 617.1 del CP.

La deficiente regulación legal de esta materia, utilizando como excluyentes los conceptos de *primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico*, ha propiciado innumerables posturas doctrinales, muchas de ellas dispares entre sí, acerca de la delimitación de ambos conceptos. La situación no es mejor en el ámbito judicial, donde la jurisprudencia sobre esta cuestión es anárquica, caótica y contradictoria, en la que una misma actividad es considerada unas veces como primera asistencia facultativa y otras como tratamiento médico o quirúrgico. Tampoco nosotros tenemos la solución mágica a este problema tan complejo, pero debemos intentar aportar criterios claros que solucionen, al menos, los casos más comunes que puedan presentarse.

Dentro de la primera asistencia facultativa deben incluirse los actos de exploración y diagnóstico del lesionado no seguidos de tratamiento alguno, teniendo en cuenta que la prescripción de analgésicos (SsTS de 13 de septiembre de 2006 y 4 de noviembre de 2008) o antiinflamatorios, las meras medidas profilácticas (vacuna antitetánica, por ejemplo), la limpieza de pequeñas heridas o el uso de medios para prevenir posibles agravaciones de la lesión (inmovilización de un dedo contusionado con la exclusiva finalidad de prevenir limitaciones de flexión o secuelas; aplicación de colirio: STS de 22 de septiembre de 2009), no constituye todavía tratamiento médico (Zugaldía/Hernández). Observaciones posteriores al primer diagnóstico, con la finalidad de comprobar que el lesionado no precisa tratamiento alguno (radiografías, resonancias magnéticas, análisis), quedan excluidas asimismo del concepto de tratamiento médico, tal y como precisa el propio art. 147.1 del CP (“*la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico*”). Actuaciones médicas distintas de estas, aunque se realicen en una primera y única asistencia facultativa, deben incluirse en el ámbito del tratamiento médico o quirúrgico: colocación de una escayola en un hueso fracturado (brazo, pie, muñeca), inmovilización de un miembro con fines curativos (por ejemplo, un tobillo tras un esguince), prescripción de reposo con fin curativo (tras la rotura de una costilla), aplicación de puntos de sutura, desvitalización del nervio de un diente, proceso de rehabilitación, etc. En la jurisprudencia se ha considerado tratamiento médico o quirúrgico: colocación de un collarín cervical (STS de 4 de noviembre de 2008 y SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2010), inmovilización osteo-articular tras fractura de huesos nasales (STS de 23 de octubre de 2008), aplicación de puntos de sutura (SsTS de 3 de junio de 2008 y 6 de junio de 2008), tratamiento farmacológico y curas (STS de 28 de febrero de 2009), prescripción de reposo (STS de 8 de abril de 2008), prescripción de fármacos ansiolíticos tras sufrir una crisis de ansiedad (STS de 12 de febrero de 2007) o inmovilización por medio de vendaje tras una luxación de hombro (SAP de Madrid de 9 de octubre de 2009).

Otros criterios delimitadores ofrecidos por la doctrina parten de un concepto de tratamiento médico-quirúrgico más restringido que el que acabamos de formular. Desde estos sectores doctrinales se nos puede reprochar que estamos ampliando en exceso el ámbito de aplicación del delito de lesiones y reduciendo el de la falta, con lo que ello implica en cuanto a la pena que debe imponerse. Esto es cierto, pero no hay que olvidar, por un lado, que se trata de proteger un bien jurídico de suma importancia (la salud personal), y, por otro, que los supuestos de tratamiento médico o quirúrgico de menor gravedad o entidad podemos reconducirlos al tipo atenuado regulado en el art. 147.2 del CP, donde se prevé, como pena alternativa a la prisión de tres a seis meses, una multa de seis a doce meses.

La primera asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico tienen que ser necesarios “objetivamente” (“... siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad...”, dice el art. 147.1 del CP). No es preciso, por tanto, que el lesionado se haya sometido en el caso concreto a una primera asistencia facultativa o a tratamiento médico o quirúrgico. Basta con que estos sean necesarios desde un punto de vista médico, hayan o no tenido lugar efectivamente (STS de 4 de diciembre de 2006). De este modo, habrá un delito de lesiones, y no una falta, cuando el sujeto pasivo de unas lesiones, que necesitan objetivamente para su curación un tratamiento médico, no acude al facultativo por dejadez o cualquier otra razón. En el caso inverso, aunque el sujeto pasivo haya sido sometido a un tratamiento médico, no habrá un delito de lesiones si se logra demostrar que aquel no era objetivamente necesario para curar la lesión (pensemos que el tratamiento médico fue prescrito por un facultativo totalmente inexperto). En definitiva, no importa si el sujeto pasivo ha sido objeto o no de una primera asistencia facultativa o de un tratamiento médico o quirúrgico, sino si estos, tras la lesión, son necesarios para su curación.

Entre la acción de lesionar y el resultado lesivo debe concurrir una relación de causalidad con arreglo a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Además, es preciso que el resultado sea imputable objetivamente a la acción de lesionar, para lo cual debe tratarse de un resultado comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida.

1.2. Tipo subjetivo

Se requiere el dolo, que podrá ser directo o eventual. El dolo tiene que abarcar todos los elementos objetivos del tipo, por tanto, no solo la acción u omisión típica, sino también la producción de un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de entidad suficiente para exigir un tratamiento médico o quirúrgico.

La cuestión relativa a si el dolo de matar (*animus necandi*) comprende o no el dolo de lesionar (*animus laedendi*) ya ha sido tratada en la lección dedicada al delito de homicidio.

1.3. Grados de realización del delito

El art. 151 del CP castiga la provocación, conspiración y proposición para cometer este tipo delictivo con la pena inferior en uno o dos grados a la fijada en el art. 147.1, pfo. 1.º del CP. En cuanto a la tentativa, no existen problemas específicos dignos de mención. Cabe tanto la tentativa acabada como la inacabada.

1.4. Penalidad

La pena prevista en el art. 147.1, pfo. 1.º del CP para el tipo básico de lesiones es la prisión de seis meses a tres años.

2. Tipo atenuado de lesiones del art. 147.2 del CP

El art. 147.2 del CP dispone que “*no obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido*”.

El apartado 2 del art. 147 del CP se refiere expresamente al “*hecho descrito en el apartado anterior*”. Hasta el año 2003, el apartado 1 del art. 147 solo recogía el tipo básico de lesiones ya estudiado. La LO 11/2003, sin variar la dicción del mencionado apartado 2, introdujo en el apartado 1 del art. 147 un nuevo párrafo, el segundo, donde se castiga con la misma pena prevista para el tipo básico a quien, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 del CP (precepto este que regula la falta de lesiones y la falta de malos tratos). La duda que surge a partir de la reforma de 2003, y que no ha sido resuelta en posteriores reformas, es si el apartado 2 del art. 147 se remite solo al párrafo 1.º del apartado 1 (al tipo básico de lesiones), o también a su párrafo 2.º. Existen argumentos para defender una u otra posibilidad, pero en nuestra opinión, el ámbito de esta atenuación, precisamente por tratarse de un tipo privilegiado, debería extenderse también al supuesto del párrafo segundo del art. 147.1 del CP (así también la Circular 2/2003 de la FGE). Por el contrario, no se aplicará este tipo a comportamientos susceptibles de inserción en los arts. 148, 149, 150 y 617 del CP.

La aplicación de este tipo atenuado, en lugar del tipo básico del art. 147.1, pfo. 1.º o de la figura del art. 147.1, pfo. 2.º, viene determinada por la menor gravedad del hecho, atendidos el medio empleado o el resultado producido. El fundamento de la atenuación reside, por tanto, en una menor gravedad de lo injusto, de tal modo que la mención al *medio empleado* se refiere a un menor desvalor de la acción, y la referencia al *resultado producido*, a un menor desvalor del resultado. El legislador, en esta figura de contornos tan imprecisos, ha otorgado al juzgador un amplio arbitrio, pues, salvo las referencias al medio empleado y al resultado producido, el art. 147.2 no aporta ningún criterio interpretativo auxiliar. No obstante, la aplicación de esta figura no puede descansar en razones basadas en una menor culpabilidad del autor.

En relación con la menor gravedad del *medio empleado*, podrán tenerse en cuenta la modalidad de ejecución concretamente utilizada (su escasa peligrosidad *a priori*), la persistencia en la agresión, la clase de dolo, etc. Y en cuanto al *resultado producido*, podrá atenderse, entre otras circunstancias, a la escasa entidad de la afección a la integridad corporal o salud física o mental, al tiempo de curación, a la escasa afectación de la víctima en su vida habitual o a la parte del cuerpo afectada. A modo de ejemplo, se ha aplicado el tipo atenuado de lesiones del art. 147.2 del CP en los siguientes supuestos: empujón que causa dos heridas inciso contusas en la cabeza, que precisan de dos y tres puntos de sutura respectivamente, y unas erosiones en una pierna, con un tiempo de curación de diez días en total (STS de 14 de marzo de 2000), golpe en la rodilla que precisa administración de antiinflamatorios y rehabilitación (SAP de Alicante de 28 de enero de 2002), fractura de muñeca causada en una pelea que precisa inmovilización con yeso, reposo relativo y antiinflamatorios

(SAP de Barcelona de 8 de mayo de 2002), esguince cervical con colocación de collarín y prescripción de analgésicos (STS de 15 de diciembre de 2004), herida inciso contusa sangrante a la altura de la nuca que necesita tres puntos de sutura, causada por un Policía con una porra flexible (STS de 19 de enero de 2006), fractura de huesos nasales sin desplazamiento que exigen como tratamiento aplicación de hielo, reposo, control médico de cabecera y determinado medicamento antiinflamatorio: un comprimido cada ocho horas (STS de 16 de febrero de 2007), forcejeo y agarrones que hacen caer al suelo a los dos contendientes, con contusión nasal en uno de ellos que precisó puntos de sutura (SAP de Madrid de 13 de mayo de 2010) y fractura de huesos propios de la nariz causados por un bofetón que tardaron en sanar diez días (SAP de Tarragona de 10 de febrero de 2011).

Son punibles la conspiración, proposición y provocación para cometer este delito (art. 151 del CP).

La pena prevista para este tipo atenuado es la de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

3. Tipos agravados facultativos de lesiones del art. 148 del CP

3.1. Cuestiones comunes

El art. 148 del CP alberga diversos tipos agravados de aplicación facultativa (“*podrán ser castigadas*”). Supone esto que, concurrentes los requisitos que exige el precepto, el tribunal decide libremente su aplicación (en contra un sector de la doctrina que, en interpretación muy peculiar de lo que debe entenderse por facultativo, defiende la obligatoriedad de la agravación si concurren las circunstancias a las que se refiere el tipo).

Dispone este artículo que las *lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior* podrán ser castigadas más gravemente si concurre alguna de las circunstancias recogidas en los números que integran este precepto. Presupuesto, por tanto, para poder aplicar los tipos agravados del art. 148 es la existencia de alguna de las lesiones contenidas en el apartado 1 del art. 147. Pero en este último apartado, como sabemos, no solo se recoge el tipo básico de lesiones (párrafo 1.º), sino también la modalidad consistente en realizar, en el plazo de un año, cuatro veces la acción descrita en el art. 617 del CP (párrafo 2.º), lo que parece ser olvidado por la mayor parte de la doctrina, pues conecta el art. 148 exclusivamente con el tipo básico de lesiones, sin ofrecer explicación alguna sobre por qué no se hace lo propio con la modalidad contenida en el párrafo 2.º del art. 147.1 del CP. Es cierto que en la mayor parte de los supuestos en que se aplica el art. 148, se hace sobre la base del tipo básico, pero no hay que descartar como presupuesto de la aplicación de aquel precepto, la modalidad recogida en el párrafo 2.º del art. 147.1. Será preciso para ello, no obstante, que cada una de las cuatro acciones descritas en el art. 617 del CP, y llevadas a cabo en el plazo de un año, cumpla con alguno de los requisitos exigidos por los números 1 a 5 del art. 148 del CP, lo que ocurrirá raramente (por ejemplo, el sujeto comete, en el plazo de un año, cuatro faltas de lesiones del art. 617.1 del CP sobre víctimas menores de 12 años). En definitiva, es presupuesto para poder aplicar los tipos agravados del art. 148 del CP, la concurrencia previa del tipo básico de lesiones del párrafo 1.º del art. 147.1 o la modalidad recogida en el párrafo 2.º de este precepto (no cabe aplicar, por tanto, el art. 148 sobre la base de una mera falta del art. 617 o de los delitos de lesiones contenidos en los arts. 149 y 150).

Fijado el presupuesto de aplicación común a todos los tipos agravados del art. 148 del CP, vamos a analizar ahora el contenido específico de cada uno de estos tipos.

3.2. Agravación por utilización de medios peligrosos (art. 148.1.º del CP)

Podrá aplicarse el art. 148 si, como dispone su número 1.º, *en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.*

Lo determinante para la aplicación de este tipo delictivo es que la modalidad de comisión utilizada haya creado, en relación con el lesionado, un resultado de peligro de muerte o de alguna de las lesiones contenidas en los arts. 149 y 150 del CP. No basta, por tanto, la mera utilización en la agresión de medios o métodos aptos para producir resultados más graves. Es preciso, además, que como consecuencia de su utilización se haya puesto al lesionado en peligro de perder su vida o de sufrir alguna de las lesiones de los arts. 149 y 150 del CP.

El tipo subjetivo requiere, además del dolo propio del tipo básico de lesiones (o en su caso, de la modalidad contenida en el párrafo 2.º del art. 147.1 del CP), un dolo adicional, directo o eventual, que abarque la producción, a través de la acción peligrosa descrita, de un resultado de peligro de muerte o de alguna de las lesiones contenidas en los arts. 149 y 150. Si el dolo va más allá, y comprende el propio resultado de muerte o los resultados de lesiones contenidos en los arts. 149 y 150 del CP, nos encontramos ya en el ámbito de las formas imperfectas del homicidio o de las lesiones contenidas en estos preceptos.

El Tribunal Supremo ha aplicado este tipo agravado a quien arroja un armario sobre un parapléjico que iba en una silla de ruedas (STS de 26 de diciembre de 2007), golpea en la cabeza del sujeto pasivo con un gato de coche, barra de hierro u objeto similar (STS de 21 de octubre de 2008), arrastra a la víctima por el asfalto de la carretera desde un vehículo en marcha (STS de 4 de diciembre de 2009), lanza una botella de cerveza a una distancia de 1 o 2 metros que impacta en el rostro (STS de 30 de diciembre de 2009), da una patada en la cabeza del sujeto pasivo (STS de 18 de marzo de 2010), impacta un vaso en la cara de la víctima (SsTS de 11 de mayo de 2010 y 15 de julio de 2010), utiliza una navaja de 8 centímetros de hoja (STS de 18 de octubre de 2010) o golpea a la víctima con una llave inglesa (STS de 28 de octubre de 2010) o un palo (STS de 12 de mayo de 2011) en la cabeza.

3.3. Agravación por el empleo de ensañamiento o alevosía (art. 148.2.º del CP)

De modo similar a lo que ocurre en el delito de asesinato, también aquí la concurrencia de ensañamiento o alevosía fundamenta la aplicación, si bien facultativa, de este tipo agravado de lesiones. Sobre el contenido de estos elementos típicos, sirve lo ya dicho, *mutatis mutandis*, en el delito de asesinato, al que nos remitimos.

En el ámbito de las lesiones, se ha considerado ensañamiento golpear a la víctima hasta romperle el tobillo, pincharle cuatro veces con un cuchillo en pecho y abdomen con heridas no penetrantes, arrastrarlo por la fuerza y volver a golpearlo (SAP de Valencia de 16 de febrero de 2009) y retorcer los dedos con unas tenazas (SAP de Tarragona de 3 de septiembre de 2009); y alevosía, el acometimiento sorpresivo a la víctima en su domicilio por dos hombres (STS de 13 de julio de 2009)

y el lanzamiento de una botella de forma sorpresiva al rostro de la víctima (STS de 30 de diciembre de 2009).

3.4. Agravación por razón del sujeto pasivo (art. 148.3.º, 4.º y 5.º del CP)

Los números 3.º, 4.º y 5.º del art. 148 del CP tienen en común que el sujeto pasivo de la agresión debe reunir condiciones o características especiales.

El número 3 se refiere a los casos en los que la *víctima fuere menor de 12 años o incapaz* (sobre el concepto de incapaz hay que estar a lo dispuesto en el art. 25 del CP). El fundamento de la agravación es semejante al de la agravante genérica de abuso de superioridad del art. 22.2.^a del CP. Es más grave lo injusto, en concreto el desvalor de la acción, pues frente a una persona menor de doce años o incapaz, el sujeto activo se encuentra presumiblemente en una situación de superioridad física o mental que asegurará la ejecución. Resulta criticable, sin embargo, el automatismo de la agravación, que no exige la comprobación en el caso concreto de que la cualidad de la víctima haya proporcionado al sujeto activo una situación efectiva de superioridad. No obstante, el carácter facultativo de la agravación permite no aplicar este supuesto cuando, a pesar de encontrarnos frente a un menor de 12 años o un incapaz, no concurre en el caso concreto la referida superioridad. El dolo del autor debe comprender las especiales características del sujeto pasivo. En caso contrario, nos encontramos ante un error que impide la aplicación del tipo agravado (art. 14.2 del CP).

Los tipos agravados contenidos en los números 4.º y 5.º del art. 148 fueron incorporados al CP a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género. El número 4.º alude a los supuestos en los que *la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*. Se ha cuestionado la constitucionalidad de este precepto por su posible contradicción con el derecho a la igualdad y con los principios de proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia (arts. 1.1, 9, 10, 14, 17 y 24.2 de la CE). La STC número 41/2010, de 22 de julio, ha desestimado las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Penal número 2 de Albacete, si bien cuenta con tres votos particulares que discrepan de la sentencia aprobada por el Pleno con argumentos de peso. En defensa de la constitucionalidad del precepto, argumenta el TC que *“para la aplicación del art. 148.4 CP no solo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas –que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor–, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado”*. Ahora bien, el TC nada dice sobre cómo debe concretarse ese mayor desvalor derivado del riesgo generado o del resultado causado.

Nos parece discutible la opinión mantenida por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia según la cual la aplicación de este tipo agravado depende únicamente

de la condición de esposa, exesposa, pareja o expareja de la víctima. Una interpretación así es difícilmente compatible con la CE. Por ello, además de esta específica condición del sujeto pasivo, es necesario en nuestra opinión que el sujeto activo abuse de su relación de superioridad sobre la mujer y que el motivo que lo lleva a cometer el delito sea la discriminación por razón del sexo femenino (Boldova/Rueda).

Sujeto pasivo de este tipo agravado es la mujer que sea o haya sido esposa o pareja, aun sin convivencia, del sujeto activo. Quedan excluidas la hija, la madre, la suegra o la cuñada. El sujeto activo es el hombre, en concreto el (que es o haya sido) marido o compañero sentimental de la víctima (quedan fuera el hijo, el hermano o el padre). La limitación del sujeto activo al varón no se deduce de la literalidad del número 4.º del art. 148, pero sí de la LO 1/2004 que lo incorporó al CP, cuyo objeto es “*actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*” (art. 1.1).

Finalmente, el número 5.º del art. 148 prevé la posibilidad de agravar la pena cuando la víctima es una *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. Este último número del art. 148 del CP se introdujo durante la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004 con la finalidad de facilitar el control de constitucionalidad del supuesto contenido en el número 4 (véase el Fundamento Jurídico 9 b de la STC número 41/2010, de 22 de julio).

La especial vulnerabilidad de la víctima, que debe probarse en cada caso, coloca al sujeto activo en una situación de superioridad que facilita la comisión del delito. El fundamento de la agravación descansa, pues, en una mayor gravedad de lo injusto (mayor desvalor de la acción). A diferencia del número anterior, sujetos activo y pasivo pueden ser tanto el hombre como la mujer, si bien se exige que la víctima conviva con el autor (STS de 22 de octubre de 2010: pluralidad de golpes a un recién nacido por parte de su madre).

3.5. Concursos, grados de realización y penalidad

La concurrencia de varias modalidades de agravación del art. 148 debería resolverse, salvo que la aplicación de una de ellas capte ya todo el desvalor del hecho, a través de un concurso ideal de elementos cualificantes (art. 77 del CP). No es esta, sin embargo, la opinión dominante en doctrina y jurisprudencia (STS de 30 de diciembre de 2009), que en el supuesto señalado (concurrencia de varias modalidades de agravación), aplican uno solo de los tipos agravados más, en su caso, la correspondiente agravante genérica.

Son punibles la conspiración, proposición y provocación para cometer cualquiera de estos tipos agravados (art. 151 del CP).

La pena prevista para estos tipos agravados es la de prisión de dos a cinco años.

4. Tipos agravados de lesiones de resultado diferenciado (arts. 149 y 150 del CP)

Los arts. 149 y 150 del CP albergan una serie de tipos agravados que encuentran su fundamento en la mayor entidad del resultado causado.

4.1. Tipo objetivo

Lo que caracteriza a estos tipos agravados no es la acción típica, que es una de medios indeterminados, coincidente con la incluida en el tipo básico ya estudiado, sino el especial resultado material que en ellos se exige. Por ello, nos centraremos ahora en delimitar y dotar de contenido a los distintos resultados recogidos en los arts. 149 y 150 del CP.

1. Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro

Puede considerarse como *miembro* la parte corporal diferenciada susceptible, a diferencia del *órgano*, de directa percepción visual como algo claramente delimitado del tronco, con función propia, como por ejemplo las extremidades o parte de ellas, el pene, la nariz, la lengua, el pabellón auditivo, etc. Dentro del término *órgano*, pueden incluirse el riñón, hígado, pulmones, corazón, bazo, etc.

La *pérdida* de un miembro u órgano es la desaparición, la privación del mismo, por ejemplo, la amputación de un brazo o de una pierna. La *inutilidad* es la pérdida de la eficacia funcional o fisiológica de un órgano o miembro (pérdida de la capacidad de movimiento de una pierna). No es necesario que la pérdida de la eficacia funcional sea absoluta, pero sí sustancial (STS de 7 de diciembre de 2005: la pérdida de un 90% de agudeza visual en un ojo ya es inutilidad). La ineficacia funcional del órgano o miembro ha de ser definitiva. No lo será si la disfunción puede corregirse con tratamiento médico o quirúrgico, salvo que este conlleve un riesgo o sufrimiento inexigible o implique la implantación de una prótesis.

Si el órgano o miembro inutilizado o perdido es *principal*, el precepto que debe aplicarse es el art. 149, si es *no principal*, el art. 150. La distinción es, pues, importante, aunque nada sencilla, pues conlleva cierta inseguridad jurídica, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a defender su desaparición. Deben considerarse órganos o miembros principales aquellos cuya ineficacia funcional comporte un significativo acortamiento de la vida, afecte notablemente a la actividad profesional de la víctima o suponga un descenso apreciable de su anterior calidad de vida (Díez Ripollés). La jurisprudencia ha considerado órgano o miembro principal, con carácter general, un riñón, un pulmón (STS de 29 de noviembre de 2000), un ojo (STS de 28 de diciembre de 2010), un oído (STS de 21 de julio de 2005), una pierna, un brazo (STS de 11 de marzo de 2004), una mano (STS de 11 de noviembre de 2004), el aparato fonológico (STS de 14 de julio de 2005: el lesionado pierde la capacidad del habla) o un pie (STS de 14 de octubre de 2002). Y no principal, un testículo (STS de 29 de noviembre de 2000), uno o varios dientes, la vesícula biliar, uno o varios dedos o falanges de manos o pies, el lóbulo de la oreja o el bazo (STS de 26 de febrero de 2004).

2. Pérdida o inutilidad de un sentido

La causación dolosa de este resultado da lugar a la aplicación del art. 149. Los sentidos son los sistemas de percepción del mundo exterior (vista, oído, olfato, gusto o tacto). Por pérdida o inutilidad de un sentido debe entenderse, como en el caso de un órgano o miembro, la desaparición total o sustancial de su funcionalidad (ceguera, sordera, anosmia: STS de 9 de diciembre de 2009, etc.). En el caso de órganos pares, como la vista y el oído, solo la desaparición de la funcionalidad de ambos, puede considerarse como pérdida de un sentido, aunque la inutilidad de uno de ellos, al ser considerado ya órgano principal, da lugar asimismo a la aplicación del art. 149 del CP. En este sentido, la doctrina ha señalado la incongruencia punitiva que supone tratar de la misma forma a quien deja tuerta a una persona que a quien le causa una

ceguera. No obstante, esta incongruencia puede mitigarse en la concreción definitiva de la pena.

3. Impotencia o esterilidad

Son resultados recogidos en el art. 149 del CP. La *impotencia* es la incapacidad, tanto en hombres como en mujeres, para realizar el coito por medios naturales. La *esterilidad* debe entenderse como la incapacidad para engendrar. Debido a la gravedad de la pena (prisión de seis a doce años), la impotencia y la esterilidad deben ser definitivas. No perderán esta condición, la impotencia o esterilidad que solo pueden superarse a través de procedimientos artificiales, como por ejemplo, la reproducción asistida en los casos de esterilidad, o el uso de prótesis en la impotencia. No serán definitivas, sin embargo, cuando sean reversibles mediante una intervención médica o quirúrgica, salvo que esta conlleve un riesgo o sufrimiento inexigible.

4. Deformidad

El término *deformidad* goza de una gran imprecisión. El TS ha definido la deformidad como toda *“irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado”* (STS de 16 de enero de 2007). De acuerdo con la moderna jurisprudencia es irrelevante la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, ya que el derecho de este a la propia imagen no depende del uso que pretenda hacer de esta. Todos estos elementos subjetivos, por tanto, no influyen según el TS en el concepto jurídico-penal de deformidad, pero se tendrán en cuenta en la determinación de la responsabilidad civil (así, por ejemplo, un cicatriz en la cara acarreará un mayor perjuicio económico a una modelo, que vive de su imagen, que a un trabajador de la construcción). El requisito de la visibilidad se da aunque la deformidad se encuentre en una parte del cuerpo que habitualmente no está a la vista de los demás.

El TS ha venido considerando, generalmente, que el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior por medio de una operación de cirugía reparadora (SsTS de 24 de octubre de 2006 y 16 de enero de 2007). En sentido contrario, parte de la doctrina estima que no tendrá el carácter de permanente, y por tanto no habrá deformidad en sentido jurídico-penal, si un tratamiento médico o quirúrgico sencillo y sin riesgos para la víctima garantiza su desaparición. La superación de la deformidad a través de prótesis u otros sustitutivos no elimina el carácter de permanente.

Cuando la deformidad sea *grave*, el precepto que debe aplicarse es el art. 149. Si no es grave, entrará en aplicación el art. 150 del CP. Si el término deformidad es impreciso, el adjetivo *grave* no aporta concreción alguna. Constituye un elemento valorativo tremendamente relativo e impreciso, y por ello criticable. Se impone aquí una interpretación restrictiva del término, acogiendo como pautas de referencia los otros resultados recogidos en el art. 149. En este sentido, la STS de 19 de julio de 2007 expresa que *“la aplicación de uno u otro tipo dependerá de que la deformidad sea equivalente en su gravedad a la pérdida de un órgano o miembro, una función principal o una grave enfermedad somática o psíquica, en cuyo caso se aplicará el art. 149, o que sea equivalente a pérdida de un miembro no principal, supuesto para el que se prevé la subsunción bajo el tipo del art. 150”*.

Se ha considerado deformidad grave, la pérdida del lóbulo y trago de oreja izquierda con retracción del resto del pabellón, pérdida de sustancia en nariz,

cicatrices y alopecia producidas por el contacto con ácido cáustico (SAP de Navarra de 11 de abril de 2000), gran cicatriz en la cara de 21 centímetros de longitud y aproximadamente un centímetro de anchura con parálisis del nervio facial dañado (STS de 19 de julio de 2007) y grave desfiguración de las piernas, acortamiento del miembro inferior derecho y reducción de la movilidad del tobillo derecho en un 80% (STS de 19 de octubre de 2009). Por el contrario, se ha considerado deformidad del art. 150, tres cicatrices de entre 0,5 y 1,5 centímetros en la periferia del ojo, unidas a una ligera retracción del párpado superior izquierdo en la mitad externa (STS de 20 de febrero de 2006), cicatrices en la nalga y parte superior del muslo derecho hechas con el filo candente de una navaja (STS de 8 de octubre de 2007), cicatriz de veinte centímetros de largo por un centímetro de ancho en el abdomen (STS de 10 de marzo de 2009) y pérdida de sustancia ósea, la cual no requirió craneoplastia, y cicatriz hipertrófica de 2,5 centímetros en región frontal izquierda (STS de 22 de febrero de 2011).

Mención especial merece la pérdida o rotura de piezas dentales (por ejemplo, a consecuencia de un puñetazo). El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS de 19 de abril de 2002 señala que *“si bien la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 del Código Penal como deformidad, este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a las posibilidades de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso, dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta”*. Se abre la posibilidad, por tanto, de aplicar el tipo básico de lesiones en supuestos de pérdida o rotura de piezas dentales atendiendo a la relevancia de la afectación (no es lo mismo la pérdida que la rotura, o que se trate de una pieza o varias), a las circunstancias de la víctima (si sus dientes estaban sanos o deteriorados) o posibilidad de reparación o reconstrucción odontológica sin riesgo (sirvan como ejemplo las SsTS de 19 de enero de 2006, que aplica el art. 150, y de 30 de abril de 2004, que aprecia el art. 147.1 del CP).

5. Grave enfermedad somática o psíquica

Son resultados exclusivos del art. 149 del CP. La enfermedad supone una alteración del normal funcionamiento del organismo humano que médicamente merezca una consideración autónoma (Díez Ripollés). La enfermedad somática afecta al cuerpo en sentido estricto, y la psíquica afecta a lo anímico o mental, por lo que con frecuencia habrá que acudir a la psiquiatría (no obstante, la distinción, en este ámbito, carece de trascendencia penal).

La enfermedad somática o psíquica debe ser *grave*. Ya nos hemos referido a lo relativo e impreciso de este término. El Juez se va a encontrar con una doble dificultad, primero en la determinación de lo que haya de considerarse enfermedad, en especial en las de tipo psíquico, y después en la calificación de grave. Tendrá que estar al dictamen del especialista, aunque la valoración jurídico-penal no debe ser de ningún modo una mera transposición de las conclusiones científico-médicas (Cancio). La gravedad de la enfermedad habrá de determinarse en función de cómo ha afectado a la calidad de vida del sujeto pasivo. Debe exigirse, para que la enfermedad sea grave, que sea permanente o definitiva (entendiendo como tales también las crónicas) y, además, que afecte de manera notable a la calidad de vida de la víctima (Díez Ripollés).

La jurisprudencia ha estimado como supuestos de enfermedad grave los siguientes: dolor intermitente en el trigémino y un profundo síndrome depresivo postraumático (STS de 20 de febrero de 2003), contagio del Sida (SAP de Madrid de 2 de enero de 2004), cambio de personalidad postraumático, caracterizado por la tendencia a la irritabilidad y labilidad emocional, unida a una epilepsia postraumática crónica que precisa medicación y que le ocasiona una incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo (STS de 22 de febrero de 2007) y trastorno orgánico de la personalidad unido a una epilepsia generalizada (STS de 16 de marzo de 2010).

6. Mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones

El apartado 2 del art. 149 fue incorporado al CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre. En este apartado se castiga la causación a otro de una *mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones*. Quedan abarcados por este resultado, por lo que se refiere al hombre, tanto la castración completa (pene y testículos), como la incompleta (que afecta al pene o alguno de sus testículos). En cuanto a la mujer, la extirpación de ovarios, labios mayores o menores y clítoris (la ablación del clítoris llevada a cabo por emigrantes africanos es lo que motivó políticamente la incorporación de este apartado).

Se ha dicho que nos encontramos ante una regulación innecesaria, pues los órganos o miembros genitales constituyen un órgano o miembro principal, y su mutilación ya está castigada en el apartado 1 del art. 149. Esto es cierto en relación, por ejemplo, con el pene o el clítoris (la ablación del clítoris, por tanto, ya podía castigarse antes de la LO 11/2003 a través del art. 149.1). Sin embargo, no puede decirse lo mismo cuando se trata de órganos dobles (ovarios o testículos). Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que un testículo es un miembro no principal, por lo que la pérdida de un testículo daba lugar, antes de la LO 11/2003, a la aplicación del art. 150. A partir de esta ley, la mutilación de un testículo, además de ser pérdida de un miembro no principal (art. 150), supone una mutilación genital (art. 149.2). Entre estos dos preceptos habrá un concurso de leyes que deberá resolverse a favor del art. 149.2 del CP (a igual conclusión debe llegarse si se trata de un ovario).

4.2. Tipo subjetivo

El dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, también por tanto alguno de los resultados diferenciados que acabamos de analizar. Cabe tanto el dolo directo como el eventual (será este último el más frecuente).

4.3. Concursos, grados de realización y penalidad

La opinión dominante considera que en los casos en los que una única acción cause varios resultados de los contenidos en los arts. 149 o 150 del CP, debe aplicarse una sola vez uno de estos preceptos, sin perjuicio de que la pluralidad de resultados producidos pueda tenerse en cuenta en la concreción definitiva de la pena. En nuestra opinión, en muchos de estos supuestos debería acudir al concurso ideal de elementos cualificantes (art. 77 del CP).

Son punibles, conforme al art. 151 del CP, la conspiración, proposición y provocación para cometer cualquiera de estos tipos agravados (la SAP de Albacete de 17 de octubre de 2007 castiga una proposición para cometer una mutilación genital del art. 149.2). Es posible la tentativa, tanto acabada como inacabada.

El art. 149, en sus dos apartados, prevé la pena de prisión de seis a doce años. A diferencia del apartado 1, en el apartado 2 de este precepto se recoge como pena principal, para los casos en que la víctima sea menor o incapaz, y siempre que el juez lo estime adecuado al interés de estos, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años. No obstante, esta pena puede aplicarse igualmente, aunque como accesoria, a los supuestos contenidos en el art. 149.1 (arts. 55 y 56 del CP).

Los tipos contenidos en el art. 150 del CP son castigados con la pena de prisión de tres a seis años.

5. Falta de lesiones (art. 617.1 del CP), falta de malos tratos (art. 617.2 del CP) y conversión de estas faltas en delito (art. 147.1, párrafo 2.º, del CP)

5.1. Falta de lesiones y falta de malos tratos: delimitación

Dispone el art. 617.1, donde se regula la falta de lesiones, que *“el que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses”*.

Castiga este precepto la causación, a través de un comportamiento de medios indeterminados (*“el que, por cualquier medio o procedimiento, causara...”*), de un menoscabo a la integridad corporal o salud física o psíquica no constitutivo de delito. Por tanto, y en esto hay consenso en doctrina y jurisprudencia, la falta de lesiones se diferencia del tipo básico del art. 147.1, párrafo 1.º, en que el menoscabo no debe tener la cualidad de exigir tratamiento médico o quirúrgico. El acuerdo desaparece cuando se intenta delimitar la falta de lesiones de la falta de malos tratos contenida en el art. 617.2 del CP, que prevé la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días a quien golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

Un sector de la doctrina, y posiblemente la jurisprudencia dominante, incluyen en la falta de lesiones, tanto los menoscabos a la integridad corporal o salud física o psíquica que requieren una primera asistencia facultativa, como aquellos que no la requieren. En coherencia con esto, la falta de malos tratos abarcaría exclusivamente aquellos supuestos en los que la acción de golpear o maltratar no origina menoscabo material alguno. Por tanto, según esta opinión, la producción de cualquier efecto de menoscabo de la integridad o salud (un pequeño hematoma, un arañazo, etc.), al suponer ya un resultado material de lesiones, daría lugar a la falta de lesiones y no a la falta de malos tratos. Basan esta opinión, por un lado, en que el tenor literal del apartado 1 del art. 617 considera falta de lesiones toda *lesión no definida como delito*, locución esta que interpretan como toda lesión que no requiera tratamiento médico o quirúrgico, y por otro, en el tenor literal del apartado 2, que requiere expresamente que no se cause lesión (*“sin causarle lesión”*).

Frente a este modo de entender las faltas de lesiones y malos tratos, existe otra interpretación (postura de Gracia Martín), asumida cada vez por más autores, y que nos parece más correcta. De acuerdo con ella, la falta de lesiones abarca únicamente los menoscabos a la integridad corporal o salud física o psíquica que requieren una primera asistencia facultativa. Por su parte, el tipo de la falta de malos tratos del art. 617.2 del CP es un tipo de resultado material, que consiste en la producción de un menoscabo verificable de la integridad o de la salud física o psíquica que no requiere

objetivamente ni siquiera una primera asistencia facultativa (contusiones superficiales, inflamaciones, hematomas, arañazos, impresión de dedos, etc.). Los supuestos en los que la acción de golpear o maltratar no origina menoscabo material alguno, quedan al margen de la falta de malos tratos, salvo que pueda fundamentarse una tentativa (punible de acuerdo con lo dispuesto en los arts 15.2 y 638 del CP). En contra del argumento de la postura anterior referente a que el tenor literal de la falta de malos tratos requiere expresamente que no se cause lesión, puede argüirse que el término *lesión* recogido en el apartado 2 del art. 617 debe entenderse, no en sentido médico, sino en sentido jurídico-penal, y éste, teniendo en cuenta la mención expresa a la primera asistencia facultativa en el art. 147.1, párrafo 1.º, exige como característica específica que la lesión requiera de una asistencia facultativa, esto es, la primera asistencia facultativa es un requisito constitutivo mínimo de los tipos de lesiones de resultado material, y, por tanto, de la falta de lesiones del apartado 1 del art. 617. Por otro lado, si no exigimos un resultado en la falta de malos tratos, habría problemas para deslindarla de los tipos de injuria y vejación injusta de carácter leve del art. 620. 2.º (Gracia).

5.2. Conversión de las faltas de lesiones y malos tratos en delito (art. 147.1, párrafo 2.º, del CP)

El párrafo 2.º del art. 147.1 del CP castiga con la misma pena prevista para el tipo básico de lesiones (prisión de seis meses a tres años) a quien, *en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 del CP*. Este párrafo, criticado por la doctrina por reflejar una tendencia a un Derecho penal de autor, fue introducido en el CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre. A pesar de la sencillez de su redacción, plantea importantes problemas de interpretación.

El precepto alude a la *acción descrita en el art. 617 del CP*. No obstante, este último precepto acoge, como hemos visto, dos faltas, la de lesiones y la de malos tratos. ¿A cuál se refiere el precepto? En nuestra opinión a ambas, por lo que el precepto en estudio se aplicará cuando el sujeto, en el plazo de un año, haya realizado cuatro faltas de lesiones o cuatro faltas de malos tratos o cuatro faltas, y alguna o algunas de ellas sean de lesiones y otra u otras de malos tratos.

Exige este precepto que las cuatro faltas se realicen *en el plazo de un año* (esto es, desde la comisión de la primera hasta la comisión de la cuarta no ha de transcurrir más de un año). Sin embargo, las faltas prescriben a los seis meses (art. 131.2 del CP). Algún autor defiende que el párrafo 2.º del art. 147.1 ha derogado, para los supuestos en él contemplados, el plazo de prescripción de seis meses del art. 131.2 del CP, sustituyéndolo por el de un año (Álvarez García). No es esta, sin embargo, la opinión que nos parece más correcta. Coincidimos en esto con la Circular 2/2003 de la FGE, según la cual, “*si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será posible tomarla en consideración como conducta a efectos (...)*” de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 147.1 del CP.

La falta o faltas que ya hayan sido juzgadas (basta con que se haya celebrado el juicio, sin necesidad de que haya recaído todavía sentencia) no podrán tenerse en cuenta para formar parte de las cuatro faltas necesarias para que concurra el supuesto en estudio. Por tanto, solo la comisión de cuatro faltas, ninguna de ellas todavía enjuiciada, puede dar lugar a la aplicación del art. 147.1, párrafo 2.º del CP. La opinión contraria supondría una vulneración del principio *ne bis in idem*. Todo ello,

unido al hecho de que las faltas son enjuiciadas en un plazo relativamente corto de tiempo, dará lugar a una aplicación muy limitada de este precepto.

No es necesario identidad de sujeto pasivo. Las cuatro faltas han podido cometerse sobre una misma persona o sobre varias (incluso sobre cuatro personas distintas).

Finalmente, tal y como señala la Circular 2/2003 de la FGE, si en el plazo de un año se cometen más de cuatro faltas, aquella o aquellas que excedan de la cuarta habrá que castigarlas separadamente como faltas (salvo que alcancen el número de cuatro y concurren los requisitos del precepto en estudio, en cuyo caso habrá un concurso real de dos delitos del art. 147.1, párrafo 2.º del CP).

6. Figuras especiales

6.1. Tipos relacionados con la denominada violencia de género, doméstica y asimilada (art. 153 del CP)

6.1.1. Introducción

Desde la entrada en vigor del CP de 1995, el art. 153 ha experimentado tres modificaciones, la última de ellas introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género. La regulación actual de este precepto contiene cuatro apartados. En el apartado 1 se recogen dos tipos: el primero, previsto para cuando el sujeto pasivo sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo (que ha de ser varón) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, y el segundo, referido a los casos en los que el sujeto pasivo es una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (hombre o mujer). En el apartado 2, se recoge un tipo delictivo que se diferencia de los contenidos en el apartado 1 por la condición del sujeto pasivo (que ha de ser alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el art. 153.1). Finalmente, en los apartados 3 y 4 se regulan, respectivamente, una serie de tipos agravados y atenuados de los tipos contenidos en los anteriores apartados del art. 153 del CP. Para facilitar la comprensión del contenido del art. 153, procederemos a su estudio haciendo coincidir la subdivisión de nuestros epígrafes con los apartados del precepto.

6.1.2. Apartado 1 del art. 153 del CP

Alberga este apartado, como ya se ha dicho, dos tipos delictivos que, si bien coinciden en la conducta típica, difieren en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

El primero de estos tipos delictivos exige que el sujeto pasivo *sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él* (se refiere al autor del hecho) *por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia* (es decir, la mujer que sea o haya sido esposa o pareja, aun sin convivencia, del autor). Sujeto activo es el hombre, y más concretamente, el que es o ha sido marido o compañero sentimental de la víctima. Del mismo modo que ocurre en el art. 148.4.º del CP, la limitación del sujeto activo al varón no se deduce del tenor literal del tipo en estudio, pero se infiere de la LO 1/2004 que lo incorporó al CP. En conclusión, para aplicar este tipo delictivo es necesario que se dé el binomio sujeto activo varón/sujeto pasivo mujer, pues en caso contrario, sujeto activo mujer/sujeto pasivo varón, el precepto aplicable (salvo que el varón sea considerado víctima especialmente vulnerable, en cuyo caso habrá de aplicarse el otro tipo contenido en el apartado 1 del art. 153), no es el

apartado 1, sino el apartado 2 del art. 153, cuyas penas de prisión no son exactamente coincidentes (apartado 1: prisión de seis meses a un año; apartado 2: prisión de tres meses a un año). Este distinto tratamiento penológico ha propiciado múltiples cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración de los arts. 10, 14 y 24.2 de la CE (diferencia de trato punitivo respecto a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo), que el TC ha ido desestimando en distintas sentencias (la primera de ellas fue la STC número 59/2008, de 14 de mayo). En esta sentencia (que cuenta con cuatro votos particulares que discrepan de la sentencia aprobada por el Pleno) se confirma la constitucionalidad de este tipo delictivo, justificando el distinto tratamiento punitivo antes aludido en que *“las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*. Esta sentencia ha sido duramente criticada por la doctrina por partir de una premisa, la de la mayor gravedad de la conducta cuando la protagoniza el varón, que ni se argumenta ni se demuestra ni se explica (véase el voto particular a la Sentencia del Magistrado Conde Martín de Hijas).

Con independencia del poco acierto del Legislador en la configuración de este tipo delictivo, lo cierto es que el TC lo ha declarado conforme con la CE, y por tanto debe ser aplicado cuando se den sus elementos. Sin embargo, en nuestra opinión, no será suficiente con que concurra la relación sujeto activo marido-compañero/sujeto pasivo esposa-compañera que describe el tipo, sino que habrá de exigirse para su aplicación que el sujeto activo varón abuse de su relación de dominio o poder sobre la mujer y que el motivo que lo ha llevado a cometer el delito sea la discriminación por razón del sexo femenino (Boldova/Rueda). En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2009 establece que *“no toda acción de violencia física en el seno de la pareja de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 CP (...), sino solo y exclusivamente (...) cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer (...). Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales”* (la citada sentencia aplica al marido el art. 617 y no el art. 153 en un supuesto de agresiones mutuas en el que primero ataca la mujer, agarrándolo de los pelos, después él a ella, dándole un cabezazo en la nariz, y posteriormente ella lo agarra de las muñecas y lo araña en los brazos; por su parte, la STS de 25 de enero de 2008 aplica al varón el art. 153 por entender que los motivos de la agresión —la ropa que llevaba ella y la negativa a mantener relaciones sexuales— *“son expresiones de superioridad machista”*).

El segundo de los tipos recogidos en el apartado 1 del art. 153 del CP exige que el sujeto pasivo sea una *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. A diferencia del supuesto anterior, sujetos activo y pasivo pueden ser tanto el hombre como la mujer, si bien se exige que la víctima conviva con el autor. La especial

vulnerabilidad de la víctima, que debe probarse en cada caso, coloca al sujeto activo en una situación de superioridad que facilita la comisión del delito (víctimas de corta edad, ancianos, enfermos, disminuidos físicos, etc.). La convivencia entre sujeto activo y víctima exigida por el tipo acoge no solo la de carácter permanente, sino también la que tiene lugar periódicamente, como es el caso de la que se deriva del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad, o de la estancia temporal de padres ancianos en casa de sus hijos (así la Circular 4/2005 de la FGE).

La conducta típica, común a los dos tipos y al recogido en el apartado 2, se describe de la siguiente forma: “*el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión*”. Coincide la conducta y el resultado típicos con los de las faltas de lesiones (art. 617.1) y malos tratos (art. 617.2). Puede decirse, por ello, que el legislador ha convertido en delito las faltas de lesiones y de malos tratos en atención a las especiales relaciones, previstas en el art. 153, entre el sujeto activo y pasivo (esto propició una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Instrucción número 1 de San Vicente del Raspeig por la posible contradicción del art. 153 con el principio de proporcionalidad sancionadora penal, cuestión que no fue admitida por el ATC número 233/2004, de 7 de junio, por notoriamente infundada).

La pena prevista por el art. 153.1 del CP es la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

6.1.3. Apartado 2 del art. 153 del CP

La diferencia entre el tipo recogido en este apartado y los contenidos en el apartado 1 radica en el sujeto pasivo. Este ha de ser *alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas* en el apartado 1 del art. 153. Por tanto, entre el sujeto activo y pasivo debe concurrir, salvo la excepción señalada, alguna de las relaciones contenidas en el art. 173.2 del CP. La conducta del sujeto activo debe recaer sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (véase el estudio del art. 173.2). Parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria se conforman para aplicar este tipo delictivo con que el sujeto activo cometa una falta de lesiones o una falta de malos tratos sobre alguna de estas personas (SAP de Granada de 11 de mayo de 2007 y SAP de Madrid de 12 de febrero de 2009). Se trata de una interpretación amplísima y desmesurada del tipo que, por ejemplo, permitiría castigar por un delito del art. 153.2, en lugar de por una falta de lesiones o malos tratos, el bofetón que una mujer propina a su marido cansada de sus constantes comentarios machistas y soeces. Por ello, creemos que no es suficiente para aplicar este tipo delictivo con que concurra entre el sujeto activo y pasivo la concreta

vinculación ya vista. Es necesario, además, que el sujeto activo abuse de una relación de dominio o poder que tiene sobre la víctima. La agresión (la falta de lesiones o de malos tratos) que realiza el sujeto activo ha de ser expresión, pues, de la relación de dominio que ejerce sobre la víctima (SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007, que aplica el art. 153 al hijo que agrede a su madre porque no le gustó la cena).

La pena prevista para este tipo por el apartado 2 del art. 153 del CP es la de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

6.1.4. Apartado 3 del art. 153 del CP

Alberga este apartado distintos tipos agravados de los delitos contenidos en los apartados 1 y 2 del art. 153 del CP. Las penas previstas en estos dos apartados se impondrán en su mitad superior cuando el delito se cometa:

1. En presencia de menores

Aunque se habla de *menores*, en plural, basta, de acuerdo con la Circular 4/2005 de la FGE, con la presencia de un menor para que se aplique este tipo agravado, sin que la concurrencia de varios menores dé lugar a una nueva aplicación de este tipo. Al no contener el tipo especificación alguna, por *menor* habrá de entenderse el que todavía no ha cumplido 18 años. No obstante, creemos que ha de exigirse en el menor una mínima capacidad para entender el sentido violento del acto o actos presenciados, lo que no ocurrirá cuando se trate de niños de muy corta edad (SAP de Vizcaya de 14 de enero de 2005: no aplica este tipo agravado por tratarse de un menor de tan solo un mes).

Se discute si el menor que presencia la agresión puede ser cualquier menor o ha de ser uno de los menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.2 del CP. La Circular 4/2005 de la FGE se decanta por esta última opción por considerar que la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar o educativo (esto excluiría la aplicación de este tipo agravado, por ejemplo, cuando la agresión tiene lugar en la calle en presencia de menores transeúntes). Tampoco se aplicará este tipo agravado cuando el menor es el propio sujeto pasivo de la agresión y no haya otros menores que la presencien. El sujeto activo debe conocer que su agresión está siendo presenciada por un menor.

2. Utilizando armas

Se alude exclusivamente a las *armas* (blancas y de fuego), sin referencia a *otros instrumentos peligrosos*, que no integrarán por tanto este tipo agravado. No basta con que el sujeto activo porte un arma, ha de utilizarla, lo que para algunos autores ocurre ya con la mera exhibición. Este tipo agravado es compatible con el castigo por un delito de tenencia ilícita de armas.

3. En el domicilio común o en el domicilio de la víctima

Se ha visto su fundamento en una mayor peligrosidad de la conducta, por cuanto la agresión tiene lugar en un espacio físico limitado que dificulta a la víctima emprender la huida o ser defendida por otras personas. Este tipo agravado es compatible con el delito de allanamiento de morada del art. 202 del CP. Los

supuestos en los que la agresión se lleva a cabo en el domicilio exclusivo del agresor quedan al margen de la agravación.

4. *Quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*

Tal quebrantamiento constituye ya un delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2 del CP. No puede castigarse, sin embargo, por el art. 153.3 y, además, por el art. 468.2, porque supondría una vulneración del principio *non bis in idem*. Habrá un concurso de leyes entre, por un lado, el art. 153.3 del CP, y, por otro, un concurso real del art. 153.1 o 2 y del art. 468.2, que se resolverá por el principio de alternatividad a favor generalmente de la segunda opción (la del concurso real), lo que pone de manifiesto lo innecesario de este tipo agravado.

6.1.5. Apartado 4 del art. 153 del CP

Dispone este apartado que “*no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado*”. Se hace referencia a los *apartados anteriores*, por tanto, también al apartado 3, por lo que no hay que descartar la posibilidad de aplicar la atenuación cuando concurra alguno de los motivos de agravación del apartado 3 (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de julio de 2010).

El Juez o Tribunal atenderá para aplicar la atenuación *a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*. La técnica utilizada aquí por el legislador es criticable por la absoluta indeterminación de las circunstancias que pueden dar lugar a la atenuación, que quedan así al arbitrio del juez. Podrá tenerse en cuenta la intensidad del ataque, el motivo de la agresión, la personalidad no violenta del sujeto activo, etc. (SAP de las Palmas de 27 de marzo de 2007: agresión de una madre a una hija absolutamente indisciplinada; y SAP de Madrid de 26 de octubre de 2010: varón agobiado con la cena de los hijos, y tras decirle su compañera *eres idiota*, la agarra del brazo y la saca fuera de la cocina).

6.2. Participación en riña tumultuaria (art. 154 del CP)

Los bienes jurídicos protegidos por el delito de participación en riña son la vida y la integridad corporal y salud.

Sujeto activo es todo aquel, y solo aquel, que, además de participar en una riña tumultuaria, utiliza algún medio o instrumento que ponga en peligro la vida o integridad de las personas. En cuanto al sujeto pasivo, se discute si, además del que participa en la riña (que podrá ser a su vez sujeto activo si realiza el comportamiento típico), lo puede ser también una persona ajena a la riña tumultuaria (por ejemplo, un transeúnte que paseaba por el lugar de la riña). Un sector cualificado de la doctrina considera que solo quien esté involucrado en la situación interna de la riña, bien como contendiente, bien como apaciguador, podrá ser sujeto pasivo de este delito, y no las personas que se encuentran en una situación externa a la riña, pues contra estas no se da el acometimiento tumultuario requerido por el tipo (Gracia/Fernández/Mayo).

El tipo objetivo exige la existencia de una riña donde los participantes de la misma se acometan entre sí tumultuariamente. Por ello el elemento clave de este delito es el concepto de *riña tumultuaria*.

No habrá riña tumultuaria si los sujetos que intervienen en la riña son dos (STS de 3 de julio de 2006). Cuando dos personas se acometen mutuamente, riñen, pero no puede decirse que sea de forma tumultuaria. Tampoco bastará con que en una riña se acometan entre sí varios contendientes para que, solo por eso, se dé en ella la característica de tumultuaria. Esta característica se dará solo si la riña se desarrolla de tal modo que se cree una situación de confusión entre los contendientes. La jurisprudencia y la doctrina consideran que la riña es tumultuaria cuando es confusa, y eso tiene lugar cuando es “gregaria, amorfa, caótica, anárquica, entremezclándose y confundiendo los contendientes”. En la riña tumultuaria se crea una situación en la que “una pluralidad de personas se acometen mutuamente, de modo indiscriminado, y crean con ello una situación de confusión en que todos pueden ser víctimas de todos y cada uno puede ser agresor de todos los demás” (Gracia/Fernández/Mayo). Es absolutamente irrelevante para el concepto de riña tumultuaria que los contendientes que se acometen formen o no bandos más o menos delimitados. Lo decisivo, insistimos, es que en ese acometimiento haya tumulto y confusión.

Para poder aplicar el art. 154 del CP es necesario la utilización de medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad de las personas. Nos encontramos ante un delito de resultado de peligro concreto. No es suficiente con portar dichos medios o instrumentos. Es preciso utilizarlos, y que con esa utilización se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de alguna de las personas involucradas en la riña. Dentro de los *medios* o *instrumentos* cabe incluir cualquier objeto idóneo para producir el resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas: navajas, cuchillos, palos, piedras, hachas, llave inglesa, botellas de vidrio, etc.

Por lo que respecta al tipo subjetivo, el dolo debe comprender la participación en una riña tumultuaria y la utilización de medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad de las personas.

Como se ha visto, solo es autor de este delito quien, además de participar en una riña tumultuaria, utiliza algún medio o instrumento que ponga en peligro la vida o integridad de las personas (en contra la STS de 18 de noviembre de 2009). El participante en la riña tumultuaria que no utilice tales medios o instrumentos no es autor del delito en estudio, aunque si conoce que otros contendientes los están utilizando podrá responder a título de partícipe (cómplice o cooperador necesario en un delito de participación en riña tumultuaria).

Es muy frecuente que durante la riña tumultuaria se produzcan lesiones o incluso resultados de muerte. En estos casos, para poder aplicar un delito de lesiones o de homicidio es preciso conocer el autor del mismo y que concurren todos sus elementos típicos. Cuando esto ocurre, se plantea el problema de la relación concursal de estos tipos con el delito de participación en riña. Pues bien, si el autor ha puesto en peligro la vida o la integridad de otros participantes en la riña distintos del que finalmente ha resultado lesionado o muerto, habrá un concurso ideal entre el homicidio o las lesiones causadas y la participación en riña.

La pena prevista para este delito es la de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

6.3. Tráfico de órganos (art. 156 bis del CP)

La LO 5/2010, de 22 de junio, ha creado una nueva figura delictiva, contenida en el art. 156 bis del CP, que sanciona “a los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos”. El Preámbulo de esta Ley justifica la creación de este nuevo delito “*como respuesta al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos y al llamamiento de diversos foros internacionales a abordar su punición*”. La cada vez mayor demanda de órganos (fundamentalmente riñones e hígados, y, en menor medida, pulmones, corazones y páncreas) por parte de personas enfermas, sobre todo de los países más desarrollados, unido a la gran escasez de los mismos (se estima que la oferta mundial apenas cubre el 10% de las necesidades), se han visto por determinados grupos y personas como condiciones propicias para hacer negocio. La casuística que subyace a este fenómeno es variada: desde la obtención de órganos utilizando violencia, intimidación o abuso de poder sobre el donante, hasta el ofrecimiento de órganos propios (riñones, sobre todo) por personas con escasez de medios a cambio de una cantidad de dinero, pasando por el tráfico de todo tipo de órganos sustraídos sin consentimiento ni autorización de personas fallecidas, sin olvidar los casos, todavía insuficientemente investigados, de asesinatos producidos en países del tercer mundo con la finalidad de conseguir órganos para traficar con ellos. Esta es la realidad sobre la que parece querer incidir el nuevo delito, y ello aunque en nuestro país el tráfico de órganos no es, al menos de momento, un problema que nos afecte con la misma intensidad que a algunos países en vías de desarrollo.

Aunque se trata de un delito que, por nuevo, todavía no ha sido estudiado lo suficiente, ya existen entre los autores serias discrepancias sobre cuál es el bien jurídico que protege, discrepancias propiciadas por su ubicación sistemática y los términos empleados en la descripción del tipo. En nuestra opinión, con las conductas tipificadas en el art. 156 bis del CP se lesiona el bien jurídico *salud pública*, y más concretamente, las condiciones que garantizan el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, cuyos principios fundamentales son el altruismo en la donación y la equidad en el acceso al trasplante. La finalidad última del precepto es la de proteger la integridad y salud (también la vida) de potenciales donantes y receptores, pues el tráfico ilegal de órganos fomenta conductas que, por llevarse a cabo sin el consentimiento (o con el consentimiento viciado) del donante y en condiciones sanitarias inadecuadas, son poco respetuosas con estos bienes jurídicos. No obstante, la estructura típica de este delito no debe ser definida con arreglo a estos bienes jurídicos individuales, sino teniendo como referencia el bien jurídico supraindividual aludido, único objeto de protección del art. 156 bis del CP.

Las acciones típicas consisten en *promover, favorecer, facilitar y publicitar* la obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos. Los verbos promover, favorecer y facilitar, a los que ahora suma publicitar, son utilizados por el legislador en la tutela de bienes jurídicos de contornos imprecisos porque permiten abarcar un amplio abanico de comportamientos. Esta técnica del legislador, utilizando verbos típicos que abarcan conductas de muy diversa significación y gravedad, si bien posibilita la protección del bien jurídico casi frente a cualquier comportamiento con él relacionado, choca por esta misma razón con un Derecho penal que tiene como uno de sus pilares fundamentales el principio de legalidad de los delitos y de las faltas.

Las distintas acciones típicas, *promover, favorecer, facilitar y publicitar*, giran en torno a tres conductas matriz: la obtención ilegal de un órgano humano, el tráfico ilegal de un órgano humano y el trasplante de un órgano humano proveniente de una obtención o tráfico ilegal. La obtención ilegal abarca supuestos en los que el acceso al órgano en cuestión se ha hecho a través del uso de la violencia, la intimidación, el abuso de una situación de necesidad o con el consentimiento viciado del donante. El tráfico ilegal tiene un componente lucrativo, y abarca supuestos de obtención o transmisión del órgano con una finalidad lucrativa. El trasplante del órgano proveniente de una obtención o tráfico ilegal es el acto final de transferencia del órgano al cuerpo del receptor. No obstante, el tipo no se limita a castigar la obtención ilegal, el tráfico ilegal y el trasplante de un órgano humano que se haya obtenido ilegalmente o que proceda de un tráfico ilegal, sino todo comportamiento que promueva, favorezca, facilite o publicite tales conductas. La extensión del tipo, como puede verse, es amplísima, y las conductas por él abarcadas de naturaleza muy diversa, por lo que será preciso que doctrina y jurisprudencia introduzcan en la interpretación del tipo límites claros que racionalicen la aplicación de este delito, más si tenemos en cuenta la gravedad de las penas con que se castiga.

Debe considerarse *órgano humano*, de acuerdo con el art. 3.1 del RD 2070/1999, “*aquella parte diferenciada del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia*” (básicamente riñón, corazón, hígado, pulmón y páncreas, o partes de estos tres últimos, fundamentalmente del hígado). Quedan excluidos los tejidos humanos (piel, cartílagos, córnea, huesos, cordón umbilical, etc.), cultivos celulares (medula ósea) o fluidos (sangre, semen). El art. 156 bis distingue a efectos de pena según si el órgano humano es principal o no principal. Los órganos más importantes susceptibles de trasplante (todos los citados) deben considerarse principales. Se exige que el órgano humano objeto de referencia sea *ajeno*, por lo que la conducta de quien ofrece un órgano propio a cambio de una cantidad de dinero queda fuera del tipo, lo que no es del todo coherente con el bien jurídico defendido por nosotros.

A diferencia del donante, el receptor del órgano humano no queda excluido de la aplicación de este delito. No obstante, el apartado 2 del art. 156 bis prevé para él una atenuación: “*Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable*”. Obedece esta previsión a la complicada situación en que se encuentran los enfermos necesitados de un órgano (razones de menor exigibilidad de la obediencia al derecho). No obstante, esta atenuación de carácter facultativo no excluye la posibilidad de aplicar una eximente completa o incompleta de estado de necesidad cuando concurren sus requisitos.

Todas las modalidades típicas deben realizarse con dolo. Es necesario, además, que todas ellas se realicen con la finalidad última de realizar un trasplante (elemento subjetivo adicional al dolo), sin que sea necesario, por supuesto, que el trasplante tenga lugar efectivamente para que el delito llegue a consumarse (como defiende algún autor). La exigencia de esta finalidad permite excluir del tipo la obtención ilegal de órganos con finalidades distintas al trasplante (investigación, docente, etc.).

Quien extrae el órgano de una persona viva con la finalidad de que se lleve a cabo un trasplante ilegal, comete un delito de tráfico de órganos en concurso ideal con un delito de lesiones, normalmente del art. 149 del CP, (si el donante ha

consentido válida, libre, espontánea y expresamente la extracción, la pena de las lesiones que debe tenerse en cuenta en el concurso debe ser atenuada con arreglo al art. 155 del CP). Por otro lado, quien comete el delito regulado en el art. 177 bis 1 c), realiza al mismo tiempo el delito en estudio, que entrará con aquel en una relación de concurso ideal de delitos.

La pena de prisión prevista por el art. 156 bis difiere en función de si el órgano humano de referencia es principal (prisión de seis a doce años) o no principal (prisión de tres a seis años).

Finalmente, el apartado 3 del art. 156 bis prevé responsabilidad penal para las personas jurídicas responsables de este delito: *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”*.

IV. MODALIDADES IMPRUDENTES

1. Lesiones imprudentes constitutivas de delito

Las lesiones imprudentes constitutivas de delito están reguladas en el art. 152 del CP. Este precepto acoge las siguientes modalidades:

1. El art. 152.1.1.º prevé la pena de prisión de tres a seis meses para los supuestos en que se causa por imprudencia grave un resultado de lesiones del art. 147.1, párrafo 1.º, esto es, una lesión que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (STS de 17 de septiembre de 2010). La causación por imprudencia grave, en el plazo de un año, de cuatro resultados de los previstos en el art. 617 del CP (menoscabo a la integridad corporal o salud física o psíquica que requiera una primera asistencia facultativa, y/o menoscabo verificable de la integridad o de la salud física o psíquica que no requiera objetivamente ni siquiera una primera asistencia facultativa), dará lugar, asimismo, a la aplicación del art. 152.1.1.º del CP.
2. El art. 152.1.2.º castiga con la pena de prisión de uno a tres años la causación por imprudencia grave de alguno de los resultados de lesiones contenidos en el art. 149 del CP (STS de 6 de junio de 2011).
3. Finalmente, en el art. 152.1.3.º se castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años la causación por imprudencia grave de alguno de los resultados de lesiones contenidos en el art. 150 del CP (STS de 11 de mayo de 2010).

Cuando estas modalidades se cometan utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, además de las penas de prisión referidas, se impondrán, respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años (art. 152.2 del CP).

Si las lesiones son cometidas por imprudencia profesional, se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años (art. 152.3 del CP).

2. Lesiones imprudentes constitutivas de falta

Las lesiones imprudentes constitutivas de falta se encuentran reguladas en los apartados 1 y 3 del art. 621 del CP:

1. En el apartado 1 de este precepto se castiga con la pena de multa de uno a dos meses la causación por imprudencia grave de alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147 del CP (SAP de Barcelona de 9 de junio de 2011).

2. En el apartado 3 se prevé la pena de multa de diez a treinta días para quien por imprudencia leve causara *lesión constitutiva de delito*. Abarca, por tanto, este apartado la causación por imprudencia leve de alguno de los resultados de lesiones contenidos en los artículos 147, 149 y 150 del CP (SAP de Barcelona de 29 de julio de 2009).

Si estas modalidades se cometen con vehículo a motor o ciclomotor, o con un arma, podrá imponerse, respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año (art. 621.4 y 5 del CP).

Estas faltas de lesiones solo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 621.6 del CP).

V. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES

La materia relativa al consentimiento en las lesiones es objeto de estudio en la teoría general del delito, a la que nos remitimos.

LECCIÓN 6

DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS

I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Título VI del Libro II del CP está dedicado a los «Delitos contra la libertad». Su capítulo I lleva por rúbrica «De las detenciones ilegales y secuestros» y comprende los artículos 163 a 168. Las figuras delictivas previstas son las siguientes:

- En el artículo 163 del CP se recoge el tipo básico de detención ilegal (apartado 1 CP), dos tipos privilegiados de detención ilegal (apartados 2 y 4) y un tipo agravado por durar la detención más de 15 días (apartado 3).
- El artículo 164 CP se dedica al delito de secuestro. Junto al tipo básico de secuestro se prevé una modalidad atenuada y otra agravada.
- El artículo 165 CP recoge unos supuestos de agravación comunes a las detenciones ilegales y secuestros.
- El artículo 166 CP castiga al reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida.
- El artículo 167 incluye un precepto referido a la comisión de estos delitos por autoridades o funcionarios públicos que realizan estas conductas fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito.
- Finalmente en el artículo 168 se contempla la incriminación de la provocación, conspiración y proposición para cometer estos delitos.

Junto a los preceptos citados hay que tener en cuenta que en el Título XXII *Delitos contra el orden público*, capítulo V, sección 2.^a, «De los delitos de terrorismo» se recogen tipos cualificados cuando el sujeto activo pertenece, actúa al servicio o colabora con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública (véanse arts. 572.2 n.º 2.º y 3.º, 576 y 577 CP). Y, también fuera de este título, se contemplan ataques contra la libertad de personas especialmente protegidas, como sucede, por ejemplo, en el artículo 487 del CP referido al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona.

La doctrina dominante y la jurisprudencia consideran que el bien jurídico protegido por estos delitos está constituido por la libertad ambulatoria o de movimiento (art. 17 CE), esto es, la libertad de trasladarse de un lugar u otro según la voluntad del sujeto (Blanco Cordero) o la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico (Muñoz Conde, Carbonell Mateu). Así lo entiende también el TS: «El delito de detención ilegal protege el derecho de toda persona a moverse y trasladarse de un lugar a otro según su propia y libre voluntad en el ejercicio de su derecho a la libertad deambulatoria que consagran los artículos 17 CE y 489 LECr» (STS 1237/2011, de 23 de noviembre). En relación con personas que carecen de capacidad para decidir por sí mismos sobre su posición en el espacio, la

STS 492/2007, de 7 de junio, indica: «El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona, y que incluso no pueda manifestar su voluntad contraria a ser privado de libertad, no implica que no sea titular del derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerla efectiva». En estos casos la detención ilegal consiste en el quebrantamiento de la relación de custodia con la persona encargada legalmente de su guarda (Muñoz Conde).

II. EL DELITO DE DETENCIÓN ILEGAL

1. Tipo básico de detención ilegal

Según establece el apartado 1 del artículo 163 CP: «*El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años*».

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona. Si se trata de un funcionario público podrá aplicarse el artículo 167 CP. En lo que respecta al sujeto pasivo, la doctrina mayoritaria considera que puede ser cualquier persona, tanto aquellos que tienen capacidad para decidir su posición en el espacio físico como aquellos que carecen de esta capacidad (por ejemplo, un recién nacido) porque es suficiente con que tengan voluntad potencial de movimiento. En sentido contrario se pronuncia Díez Ripollés, que exige capacidad volitiva natural de movimiento y excluye como sujetos pasivos a los recién nacidos, personas con retraso mental profundo o esquizofrénicos en fase residual.

El artículo 163.1 CP alude a dos modalidades de la conducta típica, el encierro o la detención, con independencia de cuáles sean los medios empleados para ello (violencia, intimidación, engaño...):

a. Según la doctrina mayoritaria «encerrar» debe entenderse como situar a una persona en un lugar cerrado de donde no puede salir, ya sea mueble o inmueble (el maletero de un coche, una habitación...).

b. «Detener» consiste en inmovilizar a una persona privándole de la posibilidad de alejarse de un espacio abierto (Muñoz Conde). Por ejemplo, amarrar a la víctima a un árbol.

También para el TS los verbos nucleares del tipo de detención ilegal son «encerrar» y «detener»: «En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos también se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio, implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad» (STS 935/2008, de 26 de diciembre).

Quedarían excluidos del tipo los supuestos de mera obstaculización o creación de dificultades a la libertad ambulatoria, como por ejemplo los casos en que se priva de la ropa a un bañista. Igualmente se excluye, mediante una interpretación teleológica-restrictiva, supuestos como los del conductor que no detiene el autobús en la parada reglamentaria, sino en la siguiente (Díez Ripollés).

Se admite la posibilidad de comisión por omisión si concurren los requisitos establecidos en el artículo 11 CP. Como ejemplo se cita el del bedel que habiendo dejado encerrado fortuitamente a un alumno no abre la puerta cuando este le avisa del encierro.

Resultado del delito es la privación de la libertad ambulatoria.

Aunque no se menciona expresamente es precisa la falta de consentimiento del sujeto pasivo. De forma minoritaria se considera que el consentimiento constituye una causa de justificación en este delito (Muñoz Conde, Bajo Fernández); sin embargo, la opinión mayoritaria estima que el consentimiento opera como causa de atipicidad en este delito. El consentimiento tendrá eficacia desde el momento en que se presta y durante el tiempo que se conceda. Puede revocarse y entonces concurrirá el tipo (Díez Ripollés).

El tipo subjetivo del delito de detención ilegal está integrado por el dolo (conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo), sin que sea necesario ningún elemento subjetivo de lo injusto adicional. No está previsto el castigo de la comisión por imprudencia de estas conductas al considerar que la realización por imprudencia de las mismas no reviste gravedad.

La detención de una persona puede estar justificada en determinadas hipótesis. Se tratará de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Así, por ejemplo, el artículo 763 de la LEC se refiere al internamiento de personas que padecen un trastorno psíquico en contra de su voluntad. La LEC establece que el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí requerirá autorización judicial, que deberá ser previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas. Para que la conducta esté justificada deberá concurrir la necesidad terapéutica del internamiento, así como el cumplimiento de todos los requisitos del procedimiento que concluye en la autorización judicial y, además, el elemento subjetivo, la intención de internarlo para su tratamiento (Díez Ripollés). En relación con el artículo 763 LEC hay que tener en cuenta que la STC 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado la inconstitucionalidad del inciso «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o tutela, requerirá autorización judicial», así como el inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida». Entiende el TC que al tratarse de una privación de libertad esta medida tiene que regularse mediante ley orgánica. Pese a ello no se acuerda la nulidad del precepto, sino que insta al legislador para que proceda a regular esta materia con la mayor brevedad posible.

También la LECr, en su artículo 490, recoge algunas hipótesis en las que se autoriza a un particular para detener a otro particular. Según dicho precepto: *«Cualquier persona puede detener:*

1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo.

2.º Al delincuente “in fraganti”.

3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.

4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.

5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionados en el número anterior.

6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía».

Basta con la creencia racional de que el detenido se encuentra en alguna de esas circunstancias (art. 491).

La consumación del delito de detención ilegal se produce con el resultado de privación de libertad. Así la jurisprudencia señala que se trata de un delito de consumación instantánea que se produce tan pronto como a la víctima se le priva de su derecho y capacidad de moverse a voluntad (STS 1237/2011, de 23 de noviembre). No obstante, dada la severidad de las penas previstas para este delito la jurisprudencia en supuestos de privación de libertad instantáneas o fugaces opta por aplicar el delito de coacciones en lugar del delito de detención ilegal. Se introduce un factor temporal que debe ser valorado, exigiendo para la consumación un mínimo relevante (STS 935/2008, de 26 de diciembre).

Por otra parte debe señalarse que, aunque el delito se consuma con la privación de libertad, es un delito permanente en el que se crea una situación antijurídica que se prolonga hasta que el detenido no está en libertad (el atentado contra la libertad ambulatoria subsiste hasta que la persona no es puesta en libertad). Esto tiene repercusiones en distintos ámbitos (por ejemplo en materia de prescripción cuyo plazo no empezará a contar hasta que no se elimine o termine esa situación antijurídica).

Cabe la tentativa si no se ha materializado el encierro o la detención. Está previsto expresamente el castigo de la provocación, proposición y conspiración para cometer este delito.

Es posible cualquier forma de autoría y participación. Cabe mencionar supuestos de autoría mediata cuando se utiliza como instrumento a un funcionario público que efectúa la detención en una situación de error.

Al tratarse de un delito permanente cabe la participación no solo en el momento en que se produce el encierro o la detención, sino también en cualquier momento posterior mientras subsiste la situación antijurídica de privación de libertad. El TS ha considerado como coautores a quienes sin intervenir en la privación de libertad han llevado a cabo labores de vigilancia, identificación de la víctima y provisión de medios para la comisión del hecho (STS 852/2007, de 9 de octubre); también califica de autoría conductas como la acomodación del habitáculo en el que va a ser detenida ilegalmente una persona o la realización de labores de vigilancia durante el cautiverio (STS 629/2008, de 10 de octubre).

La pena prevista en el apartado 1 del artículo 163 CP es la de prisión de 4 a 6 años.

2. Tipos atenuados de detención ilegal

2.1. Tipo atenuado de detención ilegal del artículo 163.2 CP

El apartado 2 del artículo 163 CP recoge un tipo privilegiado de detención ilegal que exige la concurrencia de dos requisitos:

a) Que se haya puesto en libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de la detención.

La puesta en libertad del encerrado o detenido debe ser realizada por el autor de la detención, no por terceros o por la propia víctima (no se aplica, por tanto, si la liberación se produce por la policía o si es la propia víctima la que escapa). La jurisprudencia considera que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor no resulta aplicable el tipo privilegiado; no obstante, en algunas ocasiones se ha apreciado la voluntariedad en la puesta en libertad cuando la conducta del autor implica, de forma clara, la puesta a disposición del encerrado o detenido de los medios necesarios para recuperar la libertad, aun cuando para ello fuese preciso alguna clase de actividad por su parte (por ejemplo, se encierra a la víctima en un piso que no esté muy alto sin especiales obstáculos para abrir una ventana, o se deja la puerta abierta...). Según la STS 1108/2006, de 14 de noviembre, «tender “un puente de plata” para que sea posible la salida del encierro de la víctima por sus propios medios, con mayor o menor dosis de voluntad en el autor del hecho, equivale al desistimiento activo, esto es, al cese de la situación antijurídica por una acción del responsable penal».

Aunque se haya tratado de explicar como una modalidad de arrepentimiento espontáneo, nos parece más correcto entenderlo como un supuesto peculiar de desistimiento en el marco de los delitos permanentes referido al agotamiento del delito, en tanto que no se continúa con la realización de un delito ya consumado (Díez Ripollés, Acale Sánchez, Prats Canut). Según la STS 62/2011, de 4 de febrero, «se trata de una especie de desistimiento activo, en donde, visto el comportamiento del autor, y por razones de política criminal, se degrada penológicamente la respuesta que el ordenamiento jurídico concede a este tipo de conductas [...]».

La puesta en libertad debe tener lugar dentro de los tres primeros días de la detención. El cómputo se realiza desde el momento de la consumación hasta la liberación, atendiendo a periodos de 24 horas.

b) Que la liberación se produzca sin haber logrado el autor el «objeto», esto es, la finalidad, que se había propuesto (por ejemplo impedir que contraiga matrimonio, impedir que asista a una reunión). Esa finalidad u objeto a que se refiere este precepto no puede consistir en una condición impuesta a un tercero a la que se supedita la liberación, pues en ese caso estaríamos ante un delito de secuestro, como luego veremos.

La pena prevista para este tipo privilegiado es la inferior en grado a la del tipo básico (esto es, de 2 años a 3 años, 11 meses y 29 días).

2.2. Tipo atenuado de detención ilegal del artículo 163.4 CP

El apartado 4 del artículo 163 CP recoge también un tipo atenuado: «*El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de 3 a 6 meses*».

La LECr prevé en su artículo 490 unos supuestos en los que un particular puede detener a otro (se autoriza a detener a otro que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo o cuando lo esté cometiendo, o se trate de quien se haya fugado de un establecimiento penal o se encuentre en rebeldía). Si no concurre alguna de esas circunstancias la detención efectuada por el particular es una detención ilegal. No obstante, si la detención se efectúa con la intención de presentar al detenido a la autoridad la pena establecida es menor (multa de tres a seis meses).

No existe acuerdo en la doctrina sobre la forma en que debe interpretarse el precepto. Un sector de la doctrina, mayoritario, considera que en este precepto se regula de forma específica un supuesto de error vencible de prohibición sobre los elementos que sirven de base a la causa de justificación de obrar en el ejercicio legítimo de un derecho contenida en los artículos 490 y 491 de la LECr. Como ya hemos visto, la ley otorga al particular la facultad de detener a personas sobre las que haya motivos racionalmente suficientes para creer que se trata de delincuentes «in fraganti», detenidos o presos fugados... Pues bien, este apartado comprendería casos en los que no se dan los elementos objetivos que permiten la detención por el particular ni concurren motivos racionales suficientes para pensar que se dan, pero concurre el elemento subjetivo de la justificación, esto es, la finalidad de presentar al detenido a la autoridad creyendo el sujeto que sí concurren los elementos objetivos (Bajo Fernández).

Frente a esa opinión otros autores consideran aplicable el apartado 4 del artículo 163 únicamente a supuestos donde el autor conoce que no se dan los elementos objetivos de la justificación, pero detiene para entregarlo a la autoridad consciente de la antijuridicidad de la conducta (Díez Ripollés, Muñoz Sánchez). Por ejemplo, como resultado de una ronda de vecinos, se detiene a una persona que se sospecha que es traficante de drogas para ponerlo a disposición de la autoridad.

En la SAP Barcelona 187/2007, de 23 de febrero, se aplica esta figura a unos vigilantes de seguridad que aprehenden a una persona para ponerlo a disposición de la autoridad, excediéndose del ámbito de competencia que les otorga el Reglamento de Seguridad Privada.

La pena prevista es la de multa de tres a seis meses.

3. Tipo agravado de detención ilegal

Aparece regulado en el apartado 3 del art. 163 CP. Se aplica este tipo agravado a los casos en que el encierro o detención dura más de quince días. El cómputo de los días deberá hacerse a partir del momento de la consumación del delito, sin atender a días naturales, sino al transcurso completo de 15 períodos de 24 horas. El fundamento de la agravación se basa en el mayor desvalor del hecho que se traduce en una mayor afección al bien jurídico por la mayor duración de la privación de libertad (Prats Canut, Bolea Bardón).

La pena para este supuesto es la prisión de 5 a 8 años.

III. EL DELITO DE SECUESTRO

1. Tipo básico de secuestro

El tipo básico del delito de secuestro aparece regulado en el inciso 1.º del artículo 164 CP: «*El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años*».

El delito de secuestro es un tipo complejo formado por una detención ilegal y unas amenazas condicionales de mal delictivo (Díez Ripollés, Muñoz Conde). En lugar de aplicar las reglas del concurso de delitos el legislador ha optado por formar un delito distinto (que castiga con mayor pena) uniendo dos delitos: la detención ilegal y las amenazas. Las amenazas consisten en el anuncio de continuar con un daño ya iniciado, esto es, continuar con la detención. Además, la liberación del detenido se supedita a la satisfacción de alguna condición (amenazas condicionales).

La condición será habitualmente de carácter lucrativo, pero también pueden incluirse otras como las orientadas a la liberación de presos o detenidos, las de naturaleza laboral, etc. La condición puede ser lícita o ilícita. Es irrelevante asimismo que el beneficio que supone la obtención de la condición recaiga sobre el sujeto activo o sobre terceros. Lo relevante es la existencia de una relación entre la exigencia de la condición y la puesta en libertad del encerrado o detenido. Por ello, no integraría el tipo la petición de una cantidad de dinero para atender las necesidades de la víctima (por ejemplo, para adquirir alimentos o medicamentos).

Se discute si la condición puede dirigirse tanto a la propia víctima como a un tercero. Aunque la jurisprudencia admite las dos posibilidades, la doctrina considera que en el secuestro se condiciona la puesta en libertad de la víctima a la actuación de un tercero (Bolea Bardón). Según esta última opinión si se priva a la víctima de libertad con el fin de que recapacite sobre su relación sentimental con la condición de no dejarla en libertad hasta que decida volver con él o si se priva de libertad con el fin de que los privados de libertad no se entrevisten con los medios de comunicación serían supuestos de detención ilegal y no de secuestro (Acale Sánchez).

Un problema particular es el de si cabe aplicar el delito de secuestro cuando se exige un rescate en casos en que la víctima ya ha fallecido. La jurisprudencia y algunos autores (Muñoz Conde, Rebollo Vargas) consideran que lo importante es que la familia o las personas destinatarias de la condición que imponen los secuestradores crean que la persona esté viva y que, si no cumplen las condiciones exigidas, le causarán algún daño o la muerte. En este sentido se pronunció la STS 322/1999, de 5 de marzo, frente a la opinión de la Audiencia Provincial que había calificado los hechos como detención ilegal en concurso con asesinato y tentativa de estafa (en sentido crítico, en cambio, Bolea Bardón).

Es una modalidad dolosa que exige, además, un elemento subjetivo adicional consistente en que la privación de libertad se realiza con la finalidad de obtener aquello en lo que consiste la condición.

Especial interés ha suscitado la calificación de las conductas que llevan a cabo los mediadores o intermediarios en el delito de secuestro. Algunos autores se inclinan por la atipicidad de estas conductas, mientras que otros consideran que estarían justificadas a través del estado de necesidad, siempre que la conducta no sea un supuesto de favorecimiento o participación en el secuestro (Muñoz Conde).

El delito se consuma cuando concurre la detención y la puesta en conocimiento de la condición, sin que sea precisa la obtención de ésta.

La pena prevista para el tipo básico de secuestro es la de prisión de 6 a 10 años.

2. Tipo atenuado de secuestro

En el último inciso del artículo 164 CP se recoge un tipo privilegiado referido a los supuestos en los que se pone en libertad al secuestrado dentro de los tres primeros días de la detención sin haber logrado el objeto que se había propuesto. La pena prevista es la inferior en grado a la del tipo básico.

3. Tipo agravado de secuestro

También el artículo 164 contempla un tipo agravado de secuestro cuando el encierro o la detención ha durado más de 15 días. La pena prevista es la superior en grado a la del tipo básico de secuestro.

IV. TIPOS AGRAVADOS COMUNES A LAS DETENCIONES ILEGALES Y SECUESTROS

1. Las agravaciones previstas en el artículo 165 CP

El art. 165 CP contiene tres circunstancias específicas de agravación aplicables tanto a las figuras de detención ilegal como al secuestro. Se trata de un tipo mixto alternativo de forma que la concurrencia de una o de varias de ellas se tendrá en cuenta en la medición de la pena (Blanco Cordero).

Estas circunstancias son las siguientes:

1.^a) Cuando la detención o secuestro se ejecuten con simulación de autoridad o función pública. La agravación se justifica en la mayor facilidad de ejecución que supone el empleo de este medio comisivo. Con los términos «autoridad» y «función pública» se hace referencia a los actos competencia de la autoridad o de los funcionarios públicos, debiéndose entender por tales a las personas descritas en el art. 24 CP. Según Díez Ripollés, no será suficiente con simular cualesquiera funciones públicas, sino que deberá tratarse de una clase o tipo de funciones públicas cuya relación con las competencias de detener tenga, en las percepciones sociales cotidianas, una base firme, aunque carezca quizá de apoyo legal, de forma que su atribución despierte, dada su verosimilitud, la creencia racional en la víctima de que tal persona puede legítimamente detenerla. Se trata aquí de que el autor simula ser funcionario con competencia para proceder a la detención del sujeto pasivo.

Se considera que la aplicación de este tipo impediría la aplicación del delito de usurpación de funciones públicas del artículo 402 CP (concurso de leyes resuelto en virtud del principio de consunción a favor del artículo 165 CP).

2.^a) Cuando la víctima sea menor de edad o incapaz. Supone esta circunstancia un mayor desvalor de acción derivado de la situación de superioridad física o mental en la que se encontrará el sujeto activo frente al sujeto pasivo, lo que da lugar a una mayor facilidad, o un especial aseguramiento, de la ejecución de la detención. Menor de edad será toda persona que no haya cumplido los 18 años, e incapaz toda persona que se ajuste a la definición del art. 25 CP (persona que, declarada o no su

incapacidad, padece una enfermedad de carácter persistente que le impide gobernarse a sí misma o a sus bienes).

3.^a) Cuando el sujeto pasivo es un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Se da en esta circunstancia un mayor desvalor derivado de la obstaculización al correcto funcionamiento de la actuación pública. Por funcionario público habrá que estar a lo que dice el art. 24 CP. La expresión «en el ejercicio de sus funciones» se refiere a las actividades para cuya realización es competente el funcionario de que se trate. Es preciso que el sujeto activo conozca la cualidad de funcionario público del sujeto pasivo.

La pena prevista en el artículo 165 CP para estos supuestos es la mitad superior de las penas de los artículos anteriores.

2. Tipo agravado recogido en el artículo 166 CP

El art. 166 CP castiga al «*reo de detención o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida, salvo que la haya dejado en libertad*».

Se dice que esta figura delictiva está destinada a reprimir las conductas de desaparición forzada de personas. El fundamento de la mayor penalidad de esta conducta residiría no en la duración de la detención ilegal o secuestro sino en la «desaparición del detenido», en que no se da razón del paradero de la persona.

Sin embargo, el precepto ha sido objeto de duras críticas por parte de la doctrina que entiende que hubiese sido más correcto tratar estos supuestos a través de las reglas generales de incriminación de las detenciones ilegales y secuestros. Así, en opinión de Díez Ripollés, se trata de un delito de sospecha en el que se presume la persistencia de la detención hasta el momento de dictar sentencia y, en buena medida, la muerte del detenido. Por ello entiende este autor que el precepto viola, en primer lugar, el derecho a no declarar contra uno mismo ya que exige al acusado una determinada actividad probatoria para evitar la concurrencia de determinados elementos de la figura del delito; además, vulnera la presunción de inocencia, porque se presume la existencia de una detención hasta el momento de dictar sentencia e, incluso, una muerte; y finalmente ignora el principio de culpabilidad, ya que la pena prevista supera el contenido de injusto culpable del comportamiento descrito en la figura de delito. Por todas estas razones considera que el precepto es inconstitucional.

También a Landrove Díaz le suscita dudas el precepto. Puesto que el artículo se refiere a no dar razón del paradero e incluye la cláusula «salvo que la haya dejado en libertad» parece que es el acusado quien tiene que probar que se ha liberado a la víctima, lo cual resulta criticable. En todo caso se presume la persistencia de la privación de libertad hasta el momento de dictarse sentencia.

Para contrarrestar esas críticas y desterrar la idea de que se trate de un delito de sospecha otros autores consideran que el fundamento de la agravación reside en la desaparición misma. Este razonamiento coincide con la postura expresada en la STS de 25 de junio de 1990 (que condenó a unos agentes de la Policía Nacional que detuvieron a un delincuente y del que no dieron razón de su paradero) en relación con el artículo 483 CP 1973: «La ley penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce el paradero del detenido. No hay en el precepto sospechas de muerte ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido

no se le puso en libertad». La SAP Cantabria 10013/2004, de 3 de junio, siguiendo la citada sentencia del TS, recuerda que este delito solo es compatible con el orden constitucional si en él se prescinde por completo de la idea de que el plus punitivo nace de sospechas de que el detenido muriera. La apreciación del delito exige que haya de acreditarse por las acusaciones la detención ilegal de la persona desaparecida, la ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y la omisión de la puesta en libertad.

3. Detención ilegal cometida por autoridad o funcionario (artículo 167 CP)

El artículo 167 CP castiga a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguna de las figuras de detención o secuestro. El fundamento de la agravación residiría en la mayor facilidad de ejecución del delito por parte de los funcionarios derivado del prevalimiento de su condición (Díez Ripollés, Blanco Cordero).

Una primera duda que suscita el precepto es si sujeto activo puede ser cualquier autoridad o funcionario público o solamente aquellos que, en el ámbito de sus competencias, tengan atribuida la facultad de practicar detenciones. La doctrina parece inclinarse en este segundo sentido, de manera que no se incluirían en este precepto los supuestos de privación de libertad cometidos por funcionarios que actúan como particulares, sin que su actuación tenga que ver con el ejercicio de sus funciones (Bolea Bardón, Rebollo Vargas; en cambio, Díez Ripollés se refiere también a funcionarios que no tengan entre sus competencias la de detener).

Por otro lado, dado que los artículos 530 a 532 del CP también recogen supuestos de detenciones por parte de autoridades o funcionarios públicos, se plantea la cuestión de delimitar el ámbito de aplicación del precepto que comentamos y estas otras figuras delictivas. El artículo 167 CP exige que la privación de libertad se realice *fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito*. Es decir, alude a supuestos de detención arbitraria. En cambio, los artículos 530 a 532 CP recogen supuestos de detenciones «mediando causa por delito». Esto significa que los delitos de los artículos 530 a 532 quedan reservados a los casos de detención justificada que posteriormente deviene ilegítima por conculcar las garantías establecidas a favor del detenido (por ejemplo porque excede del tiempo necesario). Junto a esto hay que mencionar el distinto bien jurídico que se protege: la libertad ambulatoria en el artículo 167 CP, las garantías constitucionales relativas a la libertad individual en el artículo 530 CP.

Como cuestión específica se discute si es posible aplicar el tipo atenuado previsto en el artículo 163. 4 CP a los supuestos en que el sujeto activo es funcionario o autoridad pública. En el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009, se consideró que la remisión que hace el artículo 167 al artículo 163 también alcanzaría al apartado número 4. No obstante, en la STS 1237/2011, de 23 de noviembre, recuerda el TS que no toda detención sin causa legal efectuada por un funcionario debe beneficiarse de la atenuación; cuando con plena consciencia de la antijuridicidad de la acción, un funcionario acuerda sin causa legal la detención de un particular, no sería posible derivar la acción al supuesto privilegiado del párrafo 4.º del artículo 163 (a ello se añade que en el supuesto particular analizado la detención fue palmariamente arbitraria y se extendió durante nueve horas sin causa legal ni razón alguna y sin que el detenido fuera puesto a disposición de la autoridad policial de manera inmediata, sino al cabo de cinco horas).

La pena prevista es, además de la pena de prisión agravada, la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

V. CASTIGO DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

El artículo 168 CP castiga la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en el capítulo I con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

VI. RELACIONES CONCURSALES CON OTROS DELITOS

La detención de una pluralidad de personas da lugar a una pluralidad de delitos. En todo caso, no se admite el delito continuado porque la libertad ambulatoria es un bien personalísimo.

Objeto de atención jurisprudencial han sido los casos en los que para la comisión de un *robo con intimidación*, la víctima se ve privada durante un tiempo de su libertad ambulatoria. A modo de esbozo la jurisprudencia mantiene los siguientes criterios:

a) Habrá que apreciar un concurso de leyes en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la privación de la libertad del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo. En estos casos es de aplicación preferente la figura del robo, como ocurre en algunos casos en que se traslada a un cajero automático a la víctima.

b) Serán aplicables las reglas del concurso medial cuando la privación de libertad constituya un medio necesario, en sentido amplio, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración excedan la mínima privación de libertad. La valoración de si la privación de libertad es medio necesario para el robo ha de realizarse en concreto, no en abstracto.

c) Cuando la privación de libertad reviste tal duración e intensidad que, aunque esté relacionada con el robo, se aparta de la dinámica comisiva de este, entrarán en juego las disposiciones que regulan el concurso real de delitos. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la privación de libertad se produce o se prolonga tras consumar el robo (STS 73/2005, de 31 de enero).

Algo similar se plantea en relación con los delitos de agresión sexual. Cuando la privación de libertad es el medio imprescindible para cometer el ataque a la libertad sexual existe un concurso de leyes, en el que la agresión sexual absorbe (principio de consunción) a la detención ilegal (STS 1365/2002, de 22 de julio). Existe concurso real cuando la privación de libertad va más allá de lo necesario e imprescindible para cometer el delito contra la libertad sexual.

Respecto a las relaciones entre el delito de detención ilegal y las coacciones la jurisprudencia en muchas sentencias ha considerado que la relación entre ambos es de género (coacciones) a especie (detención ilegal). Según el TS tanto las coacciones como las detenciones ilegales protegen la libertad individual; sin embargo, se distinguen porque el delito de coacciones, consistente en impedir a otro con violencia

hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sin estar legítimamente autorizado para ello, viene a constituir el género dentro de este tipo de conductas injustamente restrictivas de la libertad del individuo, y el delito de detención ilegal, consistente en encerrar o detener a otro, privándole de su libertad, es una conducta específica dentro de aquel género, pues afecta concretamente a la libertad deambulatoria de la persona (STS 935/2008, de 26 de diciembre). Esto significa que el concurso de leyes que se plantea entre ambas figuras se resuelve a favor del delito de detención ilegal que desplazaría a las coacciones, si la finalidad es atentar contra la libertad ambulatoria.

Sin embargo, en algunas ocasiones el TS no es coherente con este criterio y aplica el delito de coacciones en supuestos de privaciones de libertad instantáneas y fugaces, eludiendo la pena más grave establecida para el delito de detención ilegal. Así, por ejemplo, la STS 812/2007, de 8 de octubre, indica que el delito de detención ilegal «es una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar, aunque el tiempo es un factor que debe ser valorado, pues para la consumación es preciso un mínimo relevante». La utilización de este criterio temporal no casa bien con la postura mantenida en otras resoluciones, donde se indica que la consumación del delito de detención ilegal se produce en el mismo instante en que se produce la detención sin tener en cuenta el mayor o menor lapso de tiempo que la víctima se encuentra detenida.

La jurisprudencia considera que los delitos contra la integridad moral entrarán en concurso de delitos con el de detención ilegal, siempre que el atentado contra la integridad moral suponga un plus respecto del delito de detención ilegal. Tesis que apoya en la distinta naturaleza del bien jurídico protegido, así como en la mecánica comisiva de uno y otro delito.

LECCIÓN 7

AMENAZAS

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos de amenazas están recogidos en el capítulo II del título VI «Delitos contra la libertad» del Libro II del Código penal (arts. 169 a 171) y dentro del Libro III, dedicado a las faltas, en el artículo 620 CP.

Fuera de este título se recogen otros supuestos específicos de amenazas que serán de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad recogido en el artículo 8 del CP. Así, por ejemplo, en el artículo 490.2 CP (amenazas al Rey, sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o al Príncipe heredero de la Corona), en el artículo 504.1 (amenazas al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma), en el artículo 504.2 (amenazas a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad) o en los artículos 572 y 577 en relación con delitos de terrorismo.

El elemento común a todos estos delitos es la conducta de amenazar. Amenazar a otra persona es anunciarle el padecimiento de un mal. Si el anuncio del mal se supedita a la realización de una determinada conducta se habla de amenazas condicionales (por ejemplo, el sujeto activo le dice a la víctima que si no le entrega diez mil euros (condición) matará a su familia). En los casos en que el anuncio del mal no se supedita al cumplimiento de ninguna condición se habla de amenazas no condicionales (por ejemplo, el sujeto activo le dice a la víctima que piensa matarla porque le odia).

En la doctrina se discute sobre cuál es el bien jurídico protegido a través de los delitos de amenazas. Un sector doctrinal (Muñoz Conde, Bustos Ramírez) considera que son dos los bienes protegidos en el delito de amenazas: la libertad en la formación del acto voluntario cuando se trata de amenazas condicionales y el sentimiento de seguridad y tranquilidad de ánimo en el caso de las amenazas no condicionales. Para el TS el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida (STS 311/2007, de 20 de abril).

En cambio, otro sector de la doctrina (Díez Ripollés, Prats Canuts/Quintero Olivares, Del Rosal Blasco) considera que, a través de los delitos de amenazas, se protege un único bien jurídico que sería la libertad de formación de la voluntad, es decir, la libertad en el proceso de deliberación que ha de llevar a tomar una decisión de obrar externo. Formulado de otro modo, se protege la capacidad del sujeto de tomar una resolución de forma libre.

II. CUESTIONES COMUNES

1. Tipo objetivo

Sujeto activo del delito es la persona que anuncia un mal, sin que tenga que coincidir con la persona que, en su caso, lo ejecuta que puede ser un tercero.

Sujeto pasivo de los delitos de amenazas será el destinatario de la amenaza. Debe tener capacidad intelectual y volitiva suficiente para comprender el sentido de la amenaza. No pueden ser sujetos pasivos los incapaces de percatarse de este sentido; no obstante, esa incapacidad no coincide con el concepto de inimputabilidad penal, ya que, por ejemplo un niño de corta edad puede tener la inteligencia suficiente para darse cuenta de que le amenaza un mal.

La acción consiste en poner en conocimiento del sujeto pasivo el propósito de causar un daño, un mal:

- El anuncio del mal puede realizarse de palabra, por escrito, por signos o gestos, por actos concluyentes o de cualquier otro modo. No es necesario que la amenaza se realice en presencia del sujeto pasivo, basta con que se haga de modo que llegue a su conocimiento. El anuncio del mal debe tener, desde el punto de vista del sujeto pasivo, apariencia de realidad; debe ser creíble, debe tener verosimilitud de realización. Sin embargo, no es preciso que el mal con que se amenaza piense realizarlo realmente el sujeto activo (basta con que así lo pueda considerar el sujeto pasivo).

- La realización del mal con que se amenaza debe aparecer como dependiente de la voluntad del que amenaza. Así, una maldición o la advertencia de un posible mal totalmente independiente de la voluntad del sujeto no es una amenaza («te caerá un rayo»). Sí hay amenaza aunque se anuncie que el mal lo realizará una tercera persona, siempre que quien amenace aparezca con poder suficiente para desencadenar la producción del mal o impedirlo. El daño, además, debe estar suficientemente concretado, no basta con expresiones genéricas como «tomar venganza», «te vas a enterar» o «vas a sufrir algún disgusto».

La jurisprudencia exige, como criterio para distinguir las amenazas de las coacciones, que se dé a entender la realización futura, más o menos inmediata de un mal (así, entre otras, la STS 950/2009, de 15 de octubre). Sin embargo, este criterio no tiene razón de ser. La diferencia entre ambos delitos no cabe establecerla en función de un criterio temporal (si se amenaza con un mal futuro o inmediato), sino en atención a los diferentes bienes protegidos en uno y otro delito. En las coacciones se protege la libertad de obrar, la libertad de poner en práctica una decisión previamente adoptada, mientras que en las amenazas se afecta al propio proceso deliberador.

La acción típica debe poseer una determinada magnitud en el sentido de que sea apta para lesionar el bien jurídico, para afectar al proceso de deliberación de una persona media situada en la posición del amenazado. La idoneidad intimidante del mal ha de examinarse desde una perspectiva objetiva, desligada del impacto subjetivo que pueda causar en la persona amenazada. El verbo empleado en la redacción típica es amenazar, es decir, anunciar o expresar un mal y no atemorizar o cualquier otro que describa la repercusión del anuncio en el destinatario de lo expresado o anunciado (Fraile Coloma). La STS 557/2007, de 21 de junio, explica que la ejecución del delito de amenazas consiste en la conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, sin que sea necesario la producción de la

perturbación anímica que el autor persigue, de manera que basta con que las expresiones utilizadas sean aptas para amedrentar a la víctima.

2. Tipo subjetivo

Es necesario que concurra el dolo, pero no es necesaria la presencia de un determinado móvil o ánimo trascendentes a la propia afección a la libertad en el proceso de deliberación.

3. Formas imperfectas de ejecución

En relación con la consumación la doctrina mayoritaria considera que esta se produce con el conocimiento de la amenaza por la víctima y la comprensión de su significado (además de la idoneidad de la acción para intimidar), sin que sea precisa una efectiva intimidación, es decir, no hace falta que la víctima las considere en su proceso deliberador y menos aún la causación de temor. Algunos autores (Díez Ripollés, Del Rosal Blasco) exigen para la consumación, además del conocimiento del anuncio de un mal y su comprensión, que el anuncio produzca un efecto sobre el proceso deliberador de la víctima, el cual se modifica para tomar en serio un conjunto de razones o motivos en principio ajenos al sujeto y directamente vinculados al anuncio del mal. Aunque, añaden estos autores, que no es necesaria la producción de temor y, menos aún, la efectiva modificación de la decisión que se hubiere tomado de no mediar el anuncio del mal.

Una parte de la doctrina y también la jurisprudencia considera que son delitos de simple actividad (Bolea Bardón, Fraile Coloma), mientras que otros sostienen que son delitos de resultado (Del Rosal Blasco). Dado que es posible separar espacio-temporalmente la acción de formular la amenaza y la recepción de la misma por parte del destinatario, podemos decir que es un delito de resultado. Son concebibles las formas imperfectas de ejecución (tentativa) en el caso de que el mal anunciado no llegue a conocimiento del amenazado como en el caso de amenazas por escrito que llegan a manos de un tercero que no lo comunica al amenazado.

4. Autoría y participación

No hay cuestiones específicas en materia de autoría y participación. Se aplican las reglas generales.

5. Concursos

Respecto a las relaciones concursales de los delitos de amenazas con otros delitos hay que distinguir varios supuestos. Existen delitos que integran en el tipo la utilización de intimidación en las personas (así ocurre, por ejemplo, en los delitos de agresiones sexuales, en el robo con intimidación en las personas, en el tipo agravado del allanamiento de morada...), en estos casos, se aplicará el principio de consunción recogido en el artículo 8 del CP en detrimento de los tipos de amenazas. Pero, si la amenaza se realiza con posterioridad a la comisión de estos delitos se aplican las reglas del concurso de delitos (por ejemplo, tras cometer un delito de robo se amenaza a la víctima con el fin de no ser denunciado).

En los casos en que se realiza el mal delictivo con el que se ha amenazado la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideran que estamos ante un concurso de leyes que se resolvería por el criterio de consunción a favor del delito finalmente

realizado (por ejemplo se amenaza con matar y finalmente se comete un homicidio). No obstante, si entre las amenazas y el posterior delito existe una separación temporal suficiente para considerarlas acciones distintas habrá que acudir a las reglas del concurso de delitos.

En los casos en que una misma persona es reiteradamente amenazada por el mismo autor habría que aplicar las reglas del concurso real de delitos. Puesto que los delitos de amenazas protegen un bien jurídico de carácter personal no cabría el delito continuado, sin embargo, el Tribunal Supremo en algunas resoluciones ha apreciado la continuidad delictiva (SsTS 639/2006, de 14 de junio, 376/2004, de 17 de marzo).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 b) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, las amenazas del artículo 169.1.º CP entran dentro de los delitos atribuidos a la competencia de dicho Tribunal.

III. CLASES DE AMENAZAS

Una primera clasificación de las amenazas es la que tiene en cuenta si son graves o leves.

Las amenazas graves se subdividen en:

- amenazas de un mal constitutivo de delito (arts. 169 y 170.1 CP), que pueden ser condicionales o no condicionales.

- amenazas de un mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP).

Junto a estas se recogen otras modalidades específicas: la reclamación pública de la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas (art. 170.2 CP) y el denominado chantaje (art. 171.2 y 3 CP).

Las amenazas leves pueden ser, a partir de la reforma introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, constitutivas de delito o de falta. Las amenazas leves constitutivas de delito se recogen en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 171 y las amenazas leves constitutivas de falta en el artículo 620 CP.

1. Amenazas de un mal constitutivo de delito del artículo 169 CP

El artículo 169 castiga al que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Se trata —salvo los delitos contra el orden socioeconómico cuya inclusión no se comprende— de delitos que protegen bienes jurídicos individuales (Acale Sánchez).

De la redacción típica se desprende que el mal con que se amenaza debe ser constitutivo de alguno de esos delitos que hemos mencionado. En la doctrina se discute el sentido del término «delito». Un sector minoritario (Muñoz Conde) considera que el término «delito» se emplea en sentido amplio, comprensivo de los delitos en sentido estricto y de las faltas. La opinión mayoritaria, en cambio, interpreta la expresión «delito» como ilícito penal que constituya delito grave o menos grave, quedando excluidas las faltas.

El mal con que se amenaza puede estar referido al sujeto pasivo, pero también a su familia u otras personas con las que esté íntimamente vinculado. Sobre el alcance del concepto de familia en la aplicación de este precepto se mantienen dos posiciones. En opinión de algunos autores correspondería al juez la delimitación del concepto a la vista de la intimidad o intensidad de las relaciones que existan (Del Río Fernández). Sin embargo, son más los autores que se inclinan por interpretar este término a partir del concepto de parentesco recogido en el artículo 23 del CP (Carbonell Mateu/González Cussac, Díez Ripollés, Del Rosal Blasco).

Estas amenazas pueden ser condicionales o no condicionales.

A. Amenazas condicionales

En el número 1.º del artículo 169 CP se recogen las amenazas de un mal delictivo interponiendo alguna condición que, como indica el precepto, puede consistir en la exigencia de una cantidad o en la imposición de cualquier otra condición, aunque no sea ilícita. Frecuentemente se tratará de condiciones dirigidas a obtener un beneficio patrimonial, pero tienen cabida otras condiciones no lucrativas (por ejemplo, acceder a prácticas sexuales).

La condición impuesta por el sujeto activo de la amenaza puede ser lícita o ilícita:

- La condición es lícita cuando la no producción del mal dependa de la realización por el amenazado de una conducta debida a la que está obligado. Por ejemplo, cuando el sujeto activo amenaza al sujeto pasivo con la muerte si éste no le paga una deuda contraída.

- La condición es ilícita cuando la no producción del mal se haga depender de la realización de comportamientos que el amenazado tiene prohibido realizar (por ejemplo, una conducta delictiva: el sujeto activo anuncia al pasivo que le matará si no le da una paliza a una tercera persona) o pueda realizar facultativamente (el sujeto activo anuncia al pasivo que le matará si no tiene relaciones sexuales con el).

La doctrina mayoritaria aprueba que se haya incluido en el tipo la imposición de condiciones lícitas ya que hay un atentado indebido a la libertad en el proceso de deliberación, pero critica la equiparación penológica de los supuestos de condición lícita e ilícita (Prats Canut/Quintero Olivares).

La pena se gradúa en función de si el culpable consigue o no el propósito (condición) buscado con la amenaza. Si el culpable consigue el propósito la pena será la de prisión de 1 a 5 años; si no lo consigue prisión de 6 meses a tres años. En los casos de condiciones lucrativas se aplicaría este tipo agravado si se consigue una parte de la cantidad exigida (Fraile Coloma).

Estas penas se impondrán en su mitad superior *«si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos»*. Algunos autores se han mostrado críticos con esta agravación porque no puede afirmarse que las amenazas realizadas, por ejemplo, por escrito sean siempre más graves que las realizadas de palabra, ni tampoco tiene sentido que se agrave cuando se realizan en nombre de entidades o grupos reales o supuestos y no cuando se realizan en nombre de otras personas. Según la jurisprudencia el fundamento de la agravación responde a que los medios descritos poseen una mayor capacidad de quebrar la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea por su carácter anónimo, por su apariencia de realidad o por su especial potencialidad intimidatoria. La STS 1143/2011, de 28 de octubre, aplica

este tipo agravado a unas amenazas que se efectuaron a través del Messenger, afirmando que la comunicación telemática a través de sistemas de mensajería instantánea encierra un potencial ofensivo mucho más intenso que el que se derivaría de la utilización de formas más convencionales de comunicación.

B. Amenazas no condicionales

Se castigan en el número 2.º de artículo 169 con la pena de prisión de seis meses a dos años. Se trata del mero anuncio exterior de un mal que constituya delito, sin imponer ninguna condición.

2. Amenazas de un mal constitutivo de delito del artículo 170.1 CP (amenazas a grupos)

El art. 170.1 CP recoge un tipo agravado para el caso de que las diversas figuras de amenazas de un mal constitutivo de delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieren la gravedad necesaria para conseguirlo. Elemento esencial para deslindar este delito de otros delitos de amenazas es la naturaleza colectiva del sujeto pasivo contra el que se dirigen las amenazas (Fraile Coloma).

La STS 149/2007, de 26 de febrero señala que este delito requiere los siguientes elementos:

1. Amenazar, es decir, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de algún mal que se le anuncia.
2. El mal con el que se amenaza ha de constituir un delito.
3. La amenaza ha de dirigirse a los habitantes de un población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas. Es decir, el sujeto pasivo ha de ser un colectivo, esto es, miembros integrantes de un determinado grupo, no una persona individual (o varias personas individualizadas).
4. Las amenazas han de tener la gravedad necesaria para conseguir esa finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, esto es, ha de concurrir el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar.

3. El delito de reclamación pública de acciones terroristas (art. 170.2 CP)

El apartado 2 del artículo 170 CP establece: «*Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones y grupos terroristas*». Este tipo fue introducido por la LO 2/1998, de 15 de junio (modificado posteriormente por la LO 15/2003, de 25 de noviembre y por la LO 5/2010, de 22 de junio) con el objetivo de combatir el denominado «terrorismo de baja intensidad». El legislador está pensando en comportamientos que, sin reunir los requisitos de los delitos de amenazas, también deben sancionarse, como proferir gritos o consignas en manifestaciones o contra-manifestaciones demandando a un grupo terrorista que intensifique la violencia (Carbonell Mateu/González Cussac). La especificidad del precepto radica, pues, en que no se trata de proferir una amenaza sino de reclamar públicamente la comisión de acciones violentas por parte de organizaciones o grupos terroristas (Acale Sánchez).

Se pretende cubrir, según Higuera Guimerá, un ámbito de impunidad detectado en las amenazas (ya que no se admiten las genéricas a un sujeto pasivo indeterminado) y en la apología (pues en el CP la apología solamente se castiga como forma de provocación a un delito específico).

4. Amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito

Estas amenazas se encuentran reguladas en el apartado 1 del art. 171 CP: *«Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de 3 meses a un año o multa de 6 a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior».*

El problema más interesante que plantea esta figura delictiva es el de precisar qué ha de entenderse por «mal no constitutivo de delito». En primer lugar, debe tenerse en cuenta la interpretación que se ha hecho del artículo 169 CP, donde se castigan las amenazas de un mal constitutivo de una serie limitada de delitos. Hemos dicho allí que el término delito ha de interpretarse en sentido estricto (comprendiendo de los delitos graves y menos graves, pero no de las faltas). Entonces llegamos a la conclusión de que en la expresión «mal no constitutivo de delito» se incluyen, sin duda, los casos en que se amenaza con un mal constitutivo de falta. También abarca este concepto indiscutiblemente los casos en que se amenaza con un mal constitutivo de un ilícito de cualquier otro sector del ordenamiento jurídico (por ejemplo, amenazar con un acto contrario al ordenamiento laboral o civil: imposición de condiciones laborales no permitidas, firma de un contrato irregular...).

Más dudoso es si se incluyen los casos en que se amenaza con un mal constitutivo de un delito distinto de los que se enumeran en el artículo 169 CP. Cuello Contreras indica, con razón, que aunque el artículo 171.1 CP solo castiga la amenaza con un mal no constitutivo de delito, se deben considerar incluidas las amenazas con un mal constitutivo de un delito no comprendido en el artículo 169, pues los principios de equidad y justicia que inspiran el ordenamiento jurídico obligan a llegar a esta solución. En efecto, sería injusto que realizara el tipo de amenazas del artículo 171.1 quien amenace a otro con cometer un ilícito laboral, pero no lo realizase quien amenace con cometer un delito contra los derechos de los trabajadores.

Por otro lado, las controversias más fuertes vienen en relación a si deben incluirse en este concepto los daños que no sean ilícitos, los llamados «males lícitos». Dentro de la expresión «mal no constitutivo de delito» un sector doctrinal, que podríamos considerar mayoritario, incluye no solo los males ilícitos (ilícitos administrativos, civiles, faltas, delitos distintos de los enumerados en el artículo 169), sino también los males lícitos, esto es, la realización de comportamientos jurídicamente aprobados (derechos), pero perjudiciales para un tercero como, por ejemplo, el desahucio por falta de pago de una familia numerosa que se encuentra en la miseria.

Díez Ripollés considera, en cambio, que el dato fundamental para concretar lo que debe entenderse por «no constitutivo de delito» reside en el imprescindible requisito de que, en todo caso, debe tratarse de un mal. Y por «mal» en Derecho penal solo puede entenderse la lesión de un interés protegido por el Derecho en cualquiera de sus sectores, quedando excluida la lesión de intereses jurídicamente no

protegidos. Esto conlleva que queden fuera los daños (males) lícitos, en cuanto no son males jurídicamente. Esta opinión nos parece más convincente.

Por otra parte, las amenazas de un mal no constitutivo de delito del apartado 1 del artículo 171 solo se castigan cuando son condicionales y «la condición no consistiere en una conducta debida», es decir, cuando la condición sea ilícita. Pues bien, teniendo en cuenta la interpretación que hemos realizado del inciso «mal no constitutivo de delito» y el requisito típico de la ilicitud de la condición, vemos que en el artículo 171.1 cabe incluir únicamente los casos en que la condición es ilícita y el mal con el que se amenaza también lo es (por ejemplo: si no me pagas el doble de lo que me debes, despido a tu hermana).

Si la condición es ilícita, pero el mal es lícito (y, por tanto, no puede considerarse mal desde el punto de vista del Derecho, según la interpretación propuesta) queda fuera del artículo 171.1 (ejemplo: si no mantienes relaciones sexuales conmigo, te desahucio por no pagarme el alquiler). Debe recordarse que esta no es la opinión que defiende la opinión mayoritaria, que está a favor de considerar incluidos en el tipo los casos de males lícitos siempre, claro está, que la condición sea ilícita, acogiéndose a la denominada teoría de la relación (condición ilícita no relacionada con el mal con el que se amenaza).

Quedan fuera del tipo también, por expresa disposición legal, los casos en que la condición sea lícita, tanto si el mal con el que se amenaza es lícito como si no lo es. Es decir, es atípica la combinación condición lícita-mal lícito (si no me pagas lo que me debes de alquiler te desahucio), pero también lo es la combinación condición lícita-mal ilícito (si no me pagas lo que me debes, te doy una bofetada). Ahora bien, en este último caso, el hecho será constitutivo de falta de amenazas.

Esta figura de amenazas se castiga con la pena de prisión de 3 meses a un año o multa de 6 a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho si el culpable no consigue su propósito; si el culpable consigue su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

5. La figura del chantaje

La figura del chantaje aparece regulada en los apartados 2 y 3 del art. 171 CP. El chantaje se refiere al comportamiento consistente en exigir dinero u otro provecho económico bajo la amenaza de revelar o divulgar hechos cuyo conocimiento público podría perjudicar gravemente a la víctima. Los requisitos típicos que exige esta figura son:

1. La exigencia por parte del sujeto activo de una cantidad o recompensa al sujeto pasivo.
2. La amenaza por parte del sujeto activo con revelar o difundir hechos relacionados o referentes a la vida privada o relaciones familiares si el sujeto pasivo no entrega esa cantidad o recompensa.
3. Que los hechos no sean públicamente conocidos.
4. Que los hechos puedan afectar a la fama, crédito o interés del sujeto pasivo.

En opinión de Díez Ripollés, la configuración del chantaje en el apartado 2 del art. 171 CP responde a la estructura de unas amenazas de determinados supuestos de daño lícito sometidas a una condición ilícita lucrativa. Por tanto, si se amenaza con un daño constitutivo de delito (normalmente delitos de injurias, revelación de secretos o acusación o denuncia falsas), habrá que aplicar las amenazas de un mal

delictivo condicionales del n.º 1.º del art. 169 CP, y si se amenaza con un daño ilícito no delictivo, aplicaremos las amenazas de un mal no constitutivo de delito (condicionales) del apartado 1 del art. 171 CP. En cambio, García Arán incluye también supuestos de daños ilícitos no constitutivos de delito. Por su parte, Álvarez García entiende que el mal puede ser constitutivo de delito (por ejemplo el médico que le dice a su paciente: o me das 30000 euros o revelo que tienes esta enfermedad), no ser constitutivo de delito o, incluso, ser lícito, así el supuesto de la mujer que tras tener periódicamente relaciones sexuales con un hombre le exige dinero para no revelarlas a la familia de éste.

El daño lícito que se anuncia a otro en el delito de chantaje consiste en «revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés». Además, la condición que se impone debe ser ilícita y de carácter lucrativo, como se deduce de la expresión «cantidad o recompensa».

La pena prevista para el delito de chantaje es la de prisión de 2 a 4 años, si el culpable ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y la de 4 meses a 2 años, si no lo consiguiera. La pena del delito de chantaje, como puede verse, se encuentra, en general, por debajo de la pena de las amenazas de un mal constitutivo de delito (art. 169. 1), y por encima de las amenazas de un mal no constitutivo de delito (art. 171.1). El contenido de injusto del apartado 2 del art. 171 CP, sin ser superior al de las amenazas de un mal constitutivo de delito, es más grave que el de las amenazas de un mal no constitutivo de delito, ya que el amenazado tiene graves dificultades para neutralizar la amenaza acudiendo a la justicia dadas las implicaciones negativas procesales o publicitarias que tal decisión le va a crear.

El apartado 3 del artículo 171 CP establece: *«Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados»*. Se considera que con esta previsión se quiere fomentar la interposición de denuncias por chantaje y, de esta forma, asegurar la persecución de este delito.

Este apartado solo resulta aplicable a una variedad de chantaje, concretamente a aquella en la que se amenaza con revelar o denunciar la comisión de un delito. En estos casos, la víctima del chantaje, si denuncia éste, podrá evitar la persecución penal siempre que la pena por el delito con cuya revelación o denuncia se ha amenazado no supere la de prisión de dos años, y el Fiscal decida abstenerse de su persecución. Si supera la pena de prisión de dos años, se seguirá el correspondiente procedimiento, pero el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados. La naturaleza jurídica del precepto cuando se atenúa la pena es la de una condición de menor punibilidad del delito a revelar o denunciar, inspirada en razones de oportunidad ligadas a la eficacia en la persecución de otros delitos. Por otra parte, la abstención de acusación se configurará como una condición de no procedibilidad respecto a esos mismos delitos, vinculada al principio de oportunidad procesal. No obstante, se advierte que la renuncia a acusar del Ministerio Fiscal no presupone la renuncia de la acción penal por parte de la acusación particular, que podría personarse en el procedimiento (Prats Canut/Quintero Olivares).

6. Faltas de amenazas

En el libro III del CP se recogen dos faltas de amenazas:

- El n.º 1.º del artículo 620 CP comprende amenazas no reguladas en los delitos de los artículos 169 y ss., pero que son merecedoras de pena por concurrir un modo de comisión específico. Abarca supuestos de amenazas no condicionales o en los que media un condición lícita de un mal constitutivo de falta («te voy a dar una bofetada» o «si no me pagas lo que me debes te voy a dar una bofetada»).

Tales amenazas solo se castigan si el anuncio del daño se realiza «con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña».

- En el n.º 2.º del artículo 620 CP se castiga a los que causen a otro una amenaza de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. Según algunos autores (Carbonell Mateu) esta falta solo se distingue de la recogida en el número 1.º en la exigencia de uso o porte de armas. Otros autores intentan otorgar a esta falta un contenido propio. Por ejemplo, según Díez Ripollés, esta falta abarcaría los casos leves de amenazas en principio calificadas de delito, es decir, amenazas que son constitutivas de delito, de las que se diferenciará por la menor gravedad de su injusto típico. El carácter leve de las amenazas supondrá un menor desvalor de la acción, del resultado o de ambos.

La diferencia entre el delito y la falta de amenazas depende de circunstancias que han de interpretar los jueces para determinar si la amenaza se ejecuta de modo leve o no (tanto la doctrina como la jurisprudencia aluden al carácter circunstancial de este delito). La jurisprudencia ha señalado que el delito y la falta han de diferenciarse por la gravedad de la amenaza, y ésta ha de valorarse teniendo en cuenta las expresiones proferidas, las acciones ejercidas, el contexto en el que se vierten, las condiciones del sujeto activo y pasivo y los actos anteriores, simultáneos y, sobre todo, posteriores. La STS 1391/2000, de 14 de septiembre indica que «la diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad de los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal».

Ambas faltas tienen prevista la pena de multa de 10 a 20 días y solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

7. Delitos de amenazas relacionados con la violencia de género y doméstica

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género también introdujo modificaciones en la regulación de los delitos de amenazas consistentes en la transformación en delitos de las faltas de amenazas cuando se realizan contra determinadas personas.

El apartado 4 del artículo 171 CP castiga como delito la comisión de una amenaza leve cuando esta tenga como víctima a quien sea o haya sido esposa o mujer del autor, la persona con la que éste mantenga relación afectiva análoga aun sin convivencia o una persona especialmente vulnerable que conviva con él. La conducta típica es idéntica a la que describe la falta recogida en el art. 620.2 CP (amenazar de forma leve), la diferencia radica en el sujeto pasivo contra el que se dirige la amenaza. Se alude, por una parte, al hombre que de modo leve amenace a la

mujer que sea o haya sido su esposa o con la que esté o haya estado unida sentimentalmente con o sin convivencia y, en segundo lugar, a las personas especialmente vulnerables que conviven con el autor (véase también lo que se explicó en relación con el artículo 153 CP).

La posible inconstitucionalidad de este delito, por vulneración del principio general de igualdad y no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE ha sido resuelta en sentido negativo por la STC 45/2009 de 19 de febrero, según la cual —al igual que se señaló en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo, referida al art. 153.1—: «no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados (...). La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada».

Al igual que sucedía en relación con el artículo 153 o en el caso de las coacciones leves hay algunas resoluciones de la jurisprudencia que exigen que la conducta sea manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo. En el caso de que no exista esa posición de dominio del hombre frente a la mujer aplican la falta de amenazas (SAP Murcia 109/2011, de 19 de mayo).

Según el apartado 5 del artículo 171 CP serán constitutivas de delito las amenazas leves a los familiares contemplados en el art. 173.2 CP si se realizan con armas u otros instrumentos peligrosos. Sin embargo, las amenazas leves a estas personas, sin armas o instrumentos peligrosos, se castigan como falta en el art. 620.2.º párrafo 3 CP con pena de localización permanente de 4 a 8 días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de 5 a 10 días.

Las penas previstas para estos delitos se impondrán en su mitad superior cuando se perpetren en presencia de menores, o tengan lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las previstas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Como posibilidad se deja abierta la de que el Tribunal, no obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, pueda imponer la pena inferior en grado. Circunstancia de atenuación que la doctrina critica por su inconcreción.

LECCIÓN 8

COACCIONES

I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El capítulo III del Título VI «Delitos contra la libertad» se refiere a las coacciones y comprende un único precepto, el artículo 172 CP. El apartado 1 de dicho precepto recoge:

a. El tipo básico del delito de coacciones: *«El que sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados»* (párrafo 1.º).

b. Un tipo agravado de coacciones referido a los casos en que la coacción tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental (párrafo 2.º del artículo 172.1).

c. Un tipo agravado para los casos en que la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda (párrafo 3.º del artículo 172.1 CP). Esta nueva modalidad de coacciones agravadas ha sido introducida a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP.

El apartado 2 del artículo 172 CP se refiere a las coacciones leves sobre quien sea o haya sido la esposa o mujer que haya estado o esté ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, y las que se ejercen sobre personas especialmente vulnerables que conviven con el autor. Este apartado 2 fue introducido por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La falta de coacciones se recoge en el artículo 620.2.º del Libro III del CP.

Fuera del título VI se recogen también otros supuestos de coacciones que reciben un tratamiento específico en atención a las características del sujeto pasivo (y que, por tanto, desplazan el tipo genérico de coacciones). Así, por ejemplo, cabe mencionar el artículo 489 CP que se refiere al Rey, sus ascendientes o descendientes, Reina consorte, consorte de la Reina, Regente, miembro de la Regencia y Príncipe heredero de la Corona; el artículo 498 CP referido a los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma; o el artículo 504 relativo a los miembros del Gobierno, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo o del Consejo de Gobierno o Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, entre otros. Y, por otro lado, también se recogen figuras específicas de coacciones referidas al

impedimento de un derecho fundamental. Por ejemplo, el artículo 514.4 CP que castiga a los que impiden el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación.

Es opinión unánime en la doctrina entender como bien jurídico protegido la libertad de obrar o libertad de hacer o dejar de hacer algo. Mientras que en las amenazas se afecta a la libertad en el proceso de deliberación, en las coacciones se afecta a la libertad de ejecutar lo previamente decidido. No obstante, debe precisarse que la libertad de obrar queda afectada tanto en los casos en los que se impide llevar a la práctica una decisión de voluntad ya tomada, como en aquellos en los que se priva a la persona de la posibilidad de adoptar tal decisión (por ejemplo cuando, a través del uso de violencia, se le suministra un narcótico). Frente a la postura dominante, algún autor considera que se protege el ejercicio de la voluntad en su conjunto (capacidades de motivación, decisión y ejecución). Desde estos planteamientos la diferencia entre amenazas y coacciones residiría en los medios comisivos de unos y otros (en este sentido Sánchez Tomás).

Según la jurisprudencia en las coacciones se protege la libertad de obrar del individuo en un sentido genérico. Por esta razón, se considera que el delito de coacciones quedará desplazado por otros delitos que protegen aspectos más específicos de la libertad, como ocurre con las detenciones ilegales y, también, por otros delitos que incorporan el elemento coactivo, pero que van dirigidos a proteger otros bienes jurídicos que son prevalentes, como sucedería en las agresiones sexuales o en los robos con violencia e intimidación (STS 934/2008, de 26 de noviembre).

II. TIPO BÁSICO

El tipo básico del delito de coacciones aparece recogido en el párrafo 1.º del artículo 172.1 CP: *«El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados».*

1. Tipo objetivo

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona (incluidos los funcionarios públicos, puesto que en las coacciones no se recoge un tipo referido exclusivamente a ellos). Sujeto pasivo podrá ser cualquier persona que tenga capacidad volitiva natural de obrar susceptible de ser doblegada por la coacción. Por tanto, pueden ser sujetos pasivos los inimputables en la medida en que posean esa capacidad, que falta por ejemplo en un recién nacido (Díez Ripollés).

La conducta típica consiste en impedir con violencia a una persona hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere hacer, sea justo o injusto. Esos comportamientos deben realizarse con violencia (requisito que afecta tanto a la modalidad de impedir como a la de compeler). El elemento fundamental de este tipo reside, pues, en el concepto de violencia. Como vamos a ver, el alcance de este elemento típico —en particular a través de la jurisprudencia— ha ido

modificándose y ampliándose de forma que, junto a la violencia física, se ha dado cabida a la intimidación y a la fuerza en las cosas. Según la STS 529/2009, de 21 de mayo, «el delito de coacciones consiste en la realización de una violencia personal para impedir al otro realizar algo no prohibido o para obligar a otro a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, siempre en contra de la libertad del obligado y sin legitimación para su realización. El núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas».

Dentro del concepto de violencia exigido por el tipo de coacciones queda incluido, sin duda, el ejercicio de fuerza física sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Pero como indicábamos, más allá de la «vis física» la jurisprudencia ha incluido la «vis compulsiva» o intimidación. Esta interpretación suscitó el problema de distinguir las coacciones de las amenazas condicionales. Para distinguir las se propone acudir a un criterio temporal: habrá que apreciar delito de amenazas cuando lo que se anuncia es un mal para el futuro, y un delito de coacciones cuando se anuncia un mal presente (STS 723/2008, de 10 de noviembre). La doctrina mayoritaria, sin embargo, considera que la intimidación no debe dar lugar al delito de coacciones. En apoyo de esta última tesis se argumenta que cuando el Código penal quiere incluir la intimidación junto a la violencia física lo dice expresamente, como sucede por ejemplo en los artículos 178, 202.2 o 242 del CP.

Finalmente se plantea si también quedan incluidos en el concepto de violencia utilizado en el delito de coacciones los supuestos de fuerza en las cosas («vis in rebus»), en los que habría que distinguir entre fuerza en las cosas propia e impropia:

a) La fuerza en las cosas será propia cuando supone violentar el uso normal de las cosas, de forma que se manipula el objeto en cuestión de un modo contrario a la finalidad para la que ha sido creado. La jurisprudencia y un sector de la doctrina consideran que la fuerza en las cosas propia quedaría incluida en el ámbito del delito de coacciones si tal fuerza afecta a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo. Así, por ejemplo, pinchar la rueda de un vehículo con el fin de inmovilizarlo.

b) La fuerza en las cosas será impropia cuando aparece como una perturbación o privación de los derechos del sujeto pasivo. En estos casos no se violenta el uso normal de los objetos, sino que se limita o se priva del ejercicio de un derecho. Se cita, por ejemplo, el corte de suministro del agua o de la luz.

La jurisprudencia también ha considerado estos supuestos como delito de coacciones pues, aunque no se violenta el uso normal de los objetos, se ponen fuera del alcance de quien tiene derecho a su uso o disfrute, impidiéndole la actividad correspondiente. Recientemente se llega a observar en algunas resoluciones la tendencia a prescindir totalmente del requisito de la violencia, considerando punible como coacción cualquier privación ilegítima de derechos ajenos cuando no se pueden encuadrar en ningún otro tipo delictivo. En sentido crítico se ha manifestado un sector de la doctrina al considerar que el tipo de las coacciones exige violencia, elemento que no concurre en estos supuestos. Si se prescinde de la violencia como elemento típico se realiza una interpretación contraria al principio de legalidad. Esas conductas que suponen la perturbación de derechos subjetivos deben resolverse en el ámbito civil.

En suma, este proceso de espiritualización del concepto de violencia ha dado lugar a considerar el delito de coacciones como un tipo de recogida, donde lo importante para la jurisprudencia es el resultado de afección a la libertad de obrar más que el empleo de violencia para conseguirlo (Carpio Briz, Morán Mora). Por ejemplo, se ha aplicado el delito en casos en que se emplea hipnosis, vudú o en el fenómeno llamado «stalking» (supuesto de acecho y/o intimidación para forzar algún tipo de contacto personal no deseado por la víctima). La STS 1191/2005, de 10 de octubre, indica que la *vis* o fuerza empleada por el sujeto activo del delito de coacciones no solo comprende los casos de violencia física como tal, sino que incluye cualquier modalidad de compulsión o ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. De no entenderse así, dice el TS, se crearían espacios de impunidad inasumibles, de forma que, tan relevante para doblar la voluntad es el empleo de la violencia física, como de otros medios que producen el mismo efecto.

Por otra parte, es preciso que la violencia utilizada revista una determinada magnitud o entidad. No se exige que llegue a ser irresistible, pero sí suficiente para lograr vencer la voluntad o libertad de obrar atendiendo a las condiciones del sujeto activo y del pasivo así como a otras circunstancias concurrentes (no sería lo mismo si el sujeto pasivo es un niño que si es un boxeador).

La conducta típica puede consistir en impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto. En relación con la primera modalidad se plantea la cuestión del alcance que debe darse al término «ley». Un sector de la doctrina considera que se refiere exclusivamente a la ley penal y, por ello, serán atípicas solamente las coacciones que consistan en impedir violentamente que otra persona desarrolle conductas típicas y antijurídicas para el derecho penal (Sánchez Tomás, Morán Mora). En cambio, otros autores consideran que se refiere a cualquier ley, sea penal o de otra naturaleza, de forma que sería atípico impedir violentamente la negación o perturbación de un derecho real porque ello constituye una forma de impedir lo que la ley prohíbe (Mir Puig, García-Pablos).

Es un delito de resultado material. El resultado es de carácter alternativo y puede consistir en que el sujeto pasivo se vea impedido de hacer aquello que la ley no prohíbe o que el sujeto pasivo se vea compelido a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto.

2. Tipo subjetivo

Se configura como un delito doloso. No está previsto el castigo de las modalidades imprudentes.

3. Antijuridicidad

En la redacción del precepto se ha incluido la cláusula «el que sin estar legítimamente autorizado» en referencia a supuestos de coacciones que pueden estar justificados. Según la doctrina mayoritaria es una remisión superflua a las causas de justificación genéricas y, particularmente, a la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo recogida en el artículo 20.7 CP.

4. Formas imperfectas de ejecución

El delito de coacciones es un delito de resultado material cuya consumación se produce cuando el sujeto pasivo se ve impedido a hacer lo que la ley no prohíbe o se ve compelido a efectuar lo que no quiere. Cabe, por tanto, la tentativa si no se produce el resultado de impedir o de compeler pretendido.

5. Autoría y participación

No se plantean problemas específicos en materia de autoría y participación.

6. Concursos

El análisis de las relaciones concursales del delito de coacciones con otros delitos debe partir de la idea extendida en la doctrina y la jurisprudencia de que este delito tiene un carácter subsidiario respecto de otros delitos. En primer lugar, no hay que olvidar que la conducta típica descrita en las coacciones puede formar parte de muchos otros tipos (por ejemplo agresiones sexuales, robo con violencia...). Cuando la conducta coactiva aparece como el medio típico propio de la realización del otro delito estaremos ante un concurso de leyes que se resuelve, en virtud del principio de subsidiariedad o de consunción, en detrimento de las coacciones.

Si la violencia utilizada adquiere sustantividad propia (por ejemplo, se convierte en un delito de lesiones) habrá que acudir a las reglas del concurso de delitos.

Un supuesto que ha sido objeto de especial atención por parte de la jurisprudencia es el relativo a las relaciones entre la detención ilegal y las coacciones. La jurisprudencia considera que la relación entre ambos delitos es de especialidad, de forma que la detención ilegal aparece como un tipo especial que protege una manifestación particular de la libertad (libertad ambulatoria) frente al tipo genérico de las coacciones (que protege la libertad de obrar en general). La STS 934/2008, de 26 de noviembre, se hace eco de los criterios que se manejan para distinguir ambas figuras:

- En la mayor parte de las resoluciones se indica que habrá que apreciar detención ilegal cuando se haya producido una conducta que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o al que desea dirigirse. Además, es preciso que tal privación de libertad se haya extendido durante un periodo temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos o en las agresiones sexuales.
- En otras resoluciones se incide en que el factor determinante de la diferenciación radica en el elemento subjetivo, pues la detención ilegal exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria; el punto de vista temporal no es decisivo para distinguir detención ilegal y coacción, ya que la detención es de consumación instantánea y no precisa por tanto una duración determinada.

7. Penalidad

La pena establecida para el tipo básico del delito de coacciones es la de prisión de 6 meses a tres años o multa de 12 a 24 meses, que deberá graduarse, según indica el precepto, atendiendo a la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

III. TIPOS AGRAVADOS

1. Coacciones que tienen por objeto impedir el ejercicio de derechos fundamentales

El párrafo 2.º del artículo 172 CP recoge un tipo agravado de coacciones: *«Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código»*.

Lo característico de este tipo es que el delito tiene por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental. Por derecho fundamental habrá que entender los derechos y libertades incluidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la CE, comprendidos en los artículos 14 a 29. El fundamento de la agravación reside en el mayor desvalor del resultado y en la preeminencia institucional de los derechos fundamentales (Díez Ripollés, Sánchez Tomás). Según la STS 934/2008, de 26 de noviembre, *«para determinar el catálogo de derechos fundamentales debemos acudir al artículo 53 CE que se refiere a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de aquélla, en el sentido de que los allí recogidos vinculan a todos los poderes públicos y son objeto para recabar su tutela de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional»*.

Se establece una cláusula específica (*«salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código»*), pues la conducta de impedir el ejercicio de algunos derechos fundamentales ya está tipificada en otros preceptos del Código penal. El concurso de leyes que se plantea se resuelve a favor del precepto más grave, en virtud de la cláusula de subsidiariedad expresa que recoge este precepto (la doctrina dominante alude, sin embargo, al principio de alternatividad). Así sucederá, por ejemplo, en relación con el delito de impedir por medios violentos el ejercicio de los derechos de reunión o manifestación recogidos en el artículo 514.4 CP o en el caso de ataques violentos a la libertad religiosa o de culto de los artículos 522 y ss.

2. Coacciones inmobiliarias

El párrafo 3.º del artículo 172.1 CP prevé la imposición de las penas previstas para el tipo básico en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por

objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Este párrafo se introduce a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, para hacer frente al denominado «mobbing inmobiliario». La exposición de motivos de la mencionada ley justifica la introducción de este tipo por la proliferación de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, indicando que se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores.

La tipificación expresa de estas conductas permite superar las dificultades para incardinar estos supuestos en el delito de coacciones (a pesar de que los tribunales en ocasiones no habían tenido inconveniente en apreciarlo al amparo de esta interpretación amplia del concepto de violencia en sede de coacciones). En todo caso algunos autores (Sánchez Tomás) recuerdan que la aplicación de este tipo exige que la limitación del legítimo disfrute de la vivienda se derive de un medio comisivo violento, pues la conducta típica se define con referencia a la coacción prevista en el tipo básico.

Junto a este tipo el legislador también ha introducido, para la represión del acoso inmobiliario, una nueva modalidad del delito contra la integridad moral consistente en la realización reiterada de actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Según Carpio Briz en el artículo 172.1 párrafo 3.º quedarían incluidas las conductas coactivas graves que, de forma activa (por ejemplo tapiar las entradas a la vivienda) u omisiva (por ejemplo no cumplir las obligaciones de reparar el inmueble), sean adecuadas para forzar la salida o impedir el disfrute pacífico de la vivienda. Si, además de afectar a la libertad de obrar, se crea una situación que atenta contra la integridad moral por llevar a cabo conductas que suponen una vejación injusta leve (arrojar excrementos a la vivienda, facilitar el acceso a zonas comunes a otras personas con la finalidad de molestar al resto de los vecinos mediante ruidos) habría que apreciar un concurso de delitos entre las coacciones y el delito previsto en el artículo 173.1. 3.º CP.

IV. LA FALTA DE COACCIONES

La coacciones graves son siempre constitutivas de delito y las coacciones leves son constitutivas de falta, salvo determinadas coacciones leves (que se examinan en el apartado siguiente) que han sido elevadas a la categoría de delito en virtud de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La falta de coacciones se recoge en el n.º 2.º del artículo 620 CP, que castiga a los que causen a otro una coacción, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. En la determinación de los criterios que permiten distinguir el delito y de la falta existen posturas divergentes. Según algunos autores (Carpio Briz, Acale Sánchez) y un amplio sector de la jurisprudencia (entre otras STS 539/2009, de 21 de mayo), la diferencia entre el delito y la falta radica en la gravedad de la violencia empleada. Es una diferencia circunstancial (medios empleados, características de los sujetos...)

que debe determinar el juez en el caso concreto. Sin embargo, otro sector doctrinal considera que la diferencia debe atender no a la gravedad de la violencia, sino de lo que se impide o se compele a realizar. Y hay una tercera postura, que propone atender tanto a la mayor o menor entidad de la violencia concreta realizada como a la conducta que se impone o aquello que se impide hacer (Fraile Coloma, Morán Mora).

Se ha calificado como falta la conducta de quitar a una persona las llaves del vehículo, ocultándolas y levantando el freno de mano para evitar que se pudiese poner en marcha el vehículo (SAP Zaragoza 348/2004, de 8 de octubre) o cambiar la cerradura del local arrendado impidiendo al arrendatario usar y retirar el material allí existente (SAP Murcia 80/2006, de 2 de diciembre).

La pena prevista para la falta de coacciones es la de multa de 10 a 20 días. Se persigue únicamente mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

V. DELITOS DE COACCIONES RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

El apartado 2 del artículo 172 se introduce por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Castiga este precepto al que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, y también al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con él.

La conducta típica coincide con la prevista para la falta de coacciones. Se trata de coacciones leves (en caso de coacciones graves se aplicaría el tipo básico del artículo 172.1); su peculiaridad reside en la especificidad de los sujetos activo y pasivo (sujeto activo es un hombre y sujeto pasivo una mujer que esté o haya estado unida al autor por una relación matrimonial o de afectividad, aun sin convivencia) o por la cualidad del sujeto pasivo (persona especialmente vulnerable que conviva con el autor). A diferencia de lo que ocurre en las lesiones o en las amenazas, en las coacciones no se menciona a las otras personas a las que alude el artículo 173.2 CP (como sí sucede en el marco de las lesiones del artículo 153 o de las amenazas del artículo 172.2). Las coacciones a estas otras personas se castigan como falta con la pena de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En este caso no es exigible la denuncia.

En relación con la posible inconstitucionalidad de este precepto, la STC 127/2009, de 26 de mayo, declara que la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un

abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. A partir de esta constatación, tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la Ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador». Añade el TC, para descartar la lesión del principio de igualdad, que «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece».

La pena prevista en el artículo 172.2 CP es la de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Se recogen varias circunstancias de agravación que determinan la imposición de la pena en la mitad superior: si el delito se comete en presencia de menores; cuando tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima; o cuando se realice quebrantando una pena de las recogidas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Finalmente se deja abierta la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga la pena inferior en grado atendiendo a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho.

LECCIÓN 9*

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

I. INTRODUCCIÓN

El Código penal de 1995 crea por primera vez un Título (el VII del Libro II) dedicado a los delitos contra la integridad moral. La mayoría de los preceptos que conforman este Título (arts. 173-177) son novedosos, pues el único antecedente de estas conductas que cabe mencionar es el delito de tortura tipificado en el art. 204 bis del antiguo CP. El CP de 1995 amplía la regulación del delito de tortura y tipifica nuevas conductas de tratos inhumanos o degradantes. La reforma más reciente de estos delitos ha tenido lugar por la LO 5/2010, que ha introducido dos párrafos en el art. 173.1, en los que se tipifica el acoso laboral y el acoso inmobiliario.

A la hora de sistematizar las infracciones penales contenidas en estos preceptos cabe distinguir los atentados a la integridad moral llevados a cabo por particulares de aquellos otros que solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos. Entre los primeros se encuentra el delito de trato degradante, los delitos de acoso laboral e inmobiliario, recogidos todos ellos en el art. 173.1, y el delito de violencia doméstica habitual del art. 173.2 y 3. Entre los segundos encontramos el delito de tortura del art. 174, otros atentados a la integridad moral, distintos de la tortura, cometidos por funcionarios públicos (art. 175) y la comisión por omisión de los delitos de los arts. 174 y 175 (art. 176). Finalmente, el art. 177 contempla una cláusula concursal aplicable a todas las figuras delictivas.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

De la regulación legal se deduce que en estas figuras delictivas el legislador ha querido proteger la *integridad moral* como bien jurídico autónomo. Se hace necesario precisar, por tanto, cuál es el contenido y alcance de este concepto. Al respecto, se mantienen dos puntos de vista:

—Desde una interpretación extensiva de la integridad moral, esta se identificaría con la indemnidad, incolumidad o inviolabilidad personales. Pero este concepto resulta excesivamente amplio y es incapaz, por ello, de cumplir las funciones asignadas al bien jurídico. En realidad, abarca una pluralidad de derechos, como el derecho a la integridad física, el derecho a la salud, el derecho de la persona a que no se le haga sentir sensaciones de dolor o sufrimiento y el derecho a la propia apariencia personal. Este no puede ser el bien jurídico tutelado en estas figuras delictivas, pues la integridad física y la salud son objeto de protección en los delitos de lesiones hasta el punto de que el mismo art. 177 dispone que un atentado a los mismos debe castigarse separadamente.

—Parece preferible, en consecuencia, defender una interpretación restrictiva del concepto de integridad moral, como derecho de la persona a no sufrir sensaciones

* Carmen Alastuey Dobón

de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores (Díaz Pita, Muñoz Conde, Muñoz Sánchez).

Este bien jurídico deriva directamente del derecho constitucional a la integridad moral, así como de la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

III. CONCEPTO DE TORTURA, DE TRATOS INHUMANOS Y DE TRATOS DEGRADANTES EN LOS TEXTOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su art. 5, establece por primera vez la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Esta prohibición se reitera en parecidos términos en el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Pero estos primeros textos no ofrecen un concepto de tortura, ni la delimitan de otros malos tratos prohibidos.

En cambio, la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la Asamblea de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1975 define la tortura y ofrece un criterio de delimitación de esta de los demás malos tratos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 de esta declaración, “1. (...) se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público u otra persona a instigación suya inflija intencionadamente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán torturas las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de libertad, o sean inherentes o incidentales a esta, en la medida que estén en consonancia con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. 2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumana o degradante”.

A partir de esta Declaración, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el 10 de diciembre de 1984 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, donde se perfila aún más el concepto de tortura. El art. 1 la define como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o su aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Además, el art. 16 insiste en la separación entre tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

De la lectura de estos textos internacionales se deduce un concepto claro de tortura y que entre esta y los demás tratos ilícitos existe una identidad conceptual con

una diferencia de grado en la intensidad requerida para los dolores o sufrimientos físicos o mentales.

Por lo que respecta a los órganos europeos, hay que atender a la interpretación que la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llevan a cabo de las nociones contenidas en el art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Los órganos de Estrasburgo configuran la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes como tres formas de tratamiento ilícito, cuyo elemento común es el dolor o sufrimiento físico o psíquico infligido a una persona, viniendo determinada su diferencia por la gravedad del sufrimiento. Se trata de conceptos jerarquizados dentro de una escala, cuya parte inferior estaría formada por los tratos degradantes, la intermedia por los tratos inhumanos y la superior por la tortura, opinión que ha sido acogida por nuestro TC en Sentencia 120/1990, de 27 de junio.

Así, el Tribunal Europeo concibe la tortura como una forma agravada de trato inhumano que ocasiona sufrimientos físicos o psíquicos muy graves y crueles. Los tratos inhumanos se situarían en una escala intermedia entre la tortura y los tratos degradantes. Se exige que el trato conlleve sufrimientos físicos o psíquicos graves, sin alcanzar el nivel de gravedad de la tortura. Para distinguir unos de otra, se atiende también a la crueldad del comportamiento. Finalmente, este Tribunal define los tratos degradantes como aquellos que pueden “crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral”. Lo que caracteriza a los tratos degradantes no es el grado de dolor o sufrimiento, como ocurre en la tortura y los tratos inhumanos, sino la humillación o sensación de envilecimiento que provoque la acción en el interesado.

Conviene indicar, no obstante, que estos conceptos no son trasladables sin más a los tipos objetivos de los delitos contra la integridad moral tipificados en nuestro Código penal. Los atentados a la integridad moral contenidos en nuestra legislación penal no siempre van referidos a actuaciones abusivas del Estado frente a particulares, sino también a actuaciones entre particulares. Además, nuestro Código penal no utiliza exactamente las escalas graduales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues en primer lugar, no distingue entre tratos inhumanos y tratos degradantes y, en segundo lugar, tanto las torturas como los tratos degradantes pueden constituir atentados graves o no graves a la integridad moral, como se verá en el análisis particular de cada figura delictiva.

IV. ESTUDIO INDIVIDUALIZADO DE LAS FIGURAS DELICTIVAS

1. El delito de trato degradante

Se encuentra recogido en el art. 173.1, párrafo primero CP, según el cual, “*el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”.

a. *Sujeto activo* de este delito puede ser cualquier persona, pues se trata de un delito común. En principio, ha de tratarse de particulares, pues si el sujeto activo es un funcionario público o autoridad, su conducta realizará el tipo del art. 174 o el del art. 175. Ahora bien, como veremos, estos preceptos exigen que el funcionario o autoridad actúe abusando de su cargo. Por esa razón, también pueden ser sujetos

activos del delito del art. 173.1 los funcionarios públicos o autoridades que no abusen de su cargo y actúen como particulares.

b. *Sujeto pasivo* del delito puede ser cualquier persona, pues se trata de proteger la integridad moral que toda persona ostenta como ser humano.

c. En cuanto a la *conducta típica*, esta se define como infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. En realidad, se está haciendo referencia al resultado típico del delito: el trato degradante (Muñoz Sánchez). Lo característico del trato degradante es el sentimiento de humillación o envilecimiento que puede provocar la acción. Por tanto, queda comprendida en el tipo cualquier conducta, con independencia del medio o procedimiento utilizado, que cree en la víctima un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo, conllevando generalmente padecimientos físicos o psíquicos. Así, pueden ser conductas constitutivas de este delito el cortar el pelo al cero, obligar a una persona a desnudarse, a comer excrementos, simular que se le va a matar poniéndole una pistola de fogeo en la sien, uso de técnicas de privación del sueño, etc. (véanse SsTS n.º 819, de 8 de mayo de 2002, n.º 612, de 12 de mayo de 2005 y n.º 137, de 18 de febrero de 2008).

El trato degradante no implica habitualidad. Una única conducta puede dar lugar a un trato degradante si ocasiona una humillación o sensación de envilecimiento que pueda calificarse como grave.

Tampoco es necesario que el comportamiento envilecedor vaya dirigido a doblegar la voluntad de la víctima y, si va dirigido a ello, no es preciso que se consiga efectivamente el propósito.

Como venimos diciendo el tipo abarca las conductas que creen una sensación de envilecimiento o humillación “grave”. Si no se da el requisito de gravedad exigido, estaremos ante una vejación leve, esto es, ante la falta prevista en el art. 620.2 CP. Para determinar el umbral que distingue el delito de la falta hay que atender a los medios utilizados y a los efectos producidos en el caso concreto.

d. El delito de trato degradante puede cometerse también por omisión. Ello sucederá cuando el omitente haya asumido personalmente una función de dominio del bien jurídico y deje de realizar la acción que neutraliza la causa fundamental del resultado. Por ejemplo, se realiza el tipo del art. 173.1 por omisión cuando una persona asume el cuidado de otra que está impedida y la mantiene sin la higiene necesaria.

e. Finalmente, es necesario señalar que las conductas típicas del art. 173.1 pueden subsumirse en muchas ocasiones en otros delitos que protegen bienes jurídicos personalísimos, por lo que suele afirmarse que estamos ante un tipo residual o de recogida. Pero lo cierto es que la integridad moral es un bien jurídico autónomo, y en el delito de trato degradante concurre como elemento específico la humillación o el envilecimiento que representan las conductas. Por ello, aunque en muchos casos las conductas realicen otros tipos penales como, por ejemplo, lesiones o coacciones, será preciso aplicar también el trato degradante para captar la totalidad del desvalor de lo injusto del hecho. Por otra parte, hay conductas que serían impunes de no existir este delito (ej. simular una ejecución) por lo que su tipificación ha supuesto que se colmasen lagunas de punibilidad (Muñoz Sánchez).

f. Por lo que respecta al *tipo subjetivo*, ha de concurrir el dolo, en este caso representado por la conciencia y voluntad de que con la acción se produce un sentimiento de humillación o envilecimiento.

g. Esta conducta no puede verse amparada por ninguna causa de justificación, pues no es admisible mantener otros bienes jurídicos utilizando procedimientos que supongan un trato degradante, amén de que la Constitución prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes.

h. La pena que corresponde a este delito es la de prisión de seis meses a dos años, además de las penas accesorias de los arts. 56 y 57 CP.

2. El acoso laboral y el acoso inmobiliario

a. El párrafo segundo del art. 173.1 recoge la conducta de *acoso laboral*, entendiendo por tal, según la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 —que ha introducido *ex novo* el delito—, el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Por lo que respecta a la redacción típica, según el art. 173.1, párrafo segundo, han de castigarse con la misma pena que se prevé para el delito de trato degradante los que “*en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*”.

Según la jurisprudencia de los tribunales de lo social, jurisdicción en la que mayoritariamente se han venido depurando las responsabilidades por acoso laboral, ejemplos de comportamientos vejatorios en este ámbito podrían ser los ataques infundados contra la reputación o la dignidad del trabajador y el desprestigio del trabajo realizado, la manipulación de la comunicación e información en el seno de la empresa y con el resto de los compañeros de trabajo, cambio peyorativo de funciones o no asignación de ocupación efectiva, cambio peyorativo de otras condiciones de trabajo, como horarios, jornada, etc.; retirada del saludo y aislamiento social; criticar y difundir rumores contra su persona (García Del Blanco).

Por lo que respecta a la respuesta del Derecho penal antes de la reforma de 2010, al margen de que algunos de los comportamientos que caracterizan el acoso laboral pudieran ser constitutivos de delitos o faltas de injurias, amenazas, falta de vejaciones injustas, etc., se planteaba la cuestión de si la humillación que supone el hostigamiento psicológico que sufre la víctima podía dar lugar a la aplicación del delito de trato degradante del art. 173.1 (actual párrafo primero). Dado que, como hemos visto, este precepto no hace mención alguna a los medios utilizados para producir el trato degradante, cabe incluir en él muy diversos comportamientos. El tipo abarca no solo las conductas que implican ejercicio de fuerza física sobre el cuerpo de la víctima, sino también aquellas en las que se utilizan medios de naturaleza psíquica, pues lo relevante es la creación de una situación de envilecimiento o humillación grave. Siendo así, no parece que hubiese inconveniente en entender que el delito de trato degradante era capaz de abarcar los supuestos de acoso laboral que alcanzasen una cierta entidad. Desde este punto de vista, no era necesaria una regulación expresa del acoso laboral.

Pero lo cierto es que los jueces y tribunales de la jurisdicción penal se han mostrado muy reacios a aplicar la figura del trato degradante a los casos de acoso laboral. En unas ocasiones porque han considerado que los hechos no alcanzaban la gravedad suficiente para tener relevancia penal (véase SAP de Vizcaya de 10 de junio de 2010) y en otros casos por entender que el acoso laboral no tiene cabida en el trato degradante (así lo declara expresamente la SAP de Ourense de 7 de

noviembre de 2005, que castiga por vejaciones injustas de carácter leve). Excepcionalmente, la SAP de Madrid de 29 de enero de 2010 condena por trato degradante en un caso de acoso laboral, condena que es confirmada por el TS en Sentencia de 28 de octubre de 2010.

Así las cosas, da la impresión de que la tipificación expresa del acoso laboral, inmediatamente después del trato degradante y sancionándolo con la misma pena posee un valor simbólico y pedagógico que probablemente tendrá como consecuencia un incremento del número de condenas penales en los supuestos de acoso laboral.

Pero la conducta típica se ha querido redactar de manera diferenciada del trato degradante, lo que plantea problemas de interpretación. En efecto, el tipo exige realizar, de forma reiterada, actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. El elemento que parece dotar de sustantividad y autonomía a este tipo penal reside en la exigencia de reiteración de los actos de acoso, cuya gravedad, por separado, no puede constituir trato degradante, ya que, en tal caso la conducta entraría dentro del ámbito típico del párrafo primero del art. 173.1 CP (Pérez Machío).

Por otra parte, aunque se suele hablar de tres tipos de acoso laboral (horizontal, si lo realizan los compañeros de trabajo entre sí, descendente, si lo ejerce el jefe contra los subordinados o ascendente, en aquellos casos en que los subordinados acosan a quienes ocupan puestos superiores en la escala jerárquica), el nuevo tipo hace una referencia expresa al prevalimiento de una relación de superioridad, por lo que se tipifica solo el acoso laboral descendente. El legislador no ha considerado necesario incluir supuestos de acoso horizontal, es decir, entre iguales, a pesar de que en la jurisdicción de lo social existe una amplia jurisprudencia al respecto.

El precepto alude expresamente a la relación laboral o funcionarial. Queda claro que el ámbito de aplicación de la norma abarca también conductas producidas en el marco funcionarial. El tipo penal deberá convivir con la consideración del acoso laboral en el ámbito administrativo como infracción susceptible de generar responsabilidad disciplinaria. Además, se derivan consecuencias en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por trato laboralmente lesivo a sus funcionarios.

b. Igualmente, desde la LO 5/2010, en el párrafo tercero del art. 173.1 se sanciona el *acoso inmobiliario*. Con arreglo a este precepto, “*se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda*”. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores.

El legislador está pensando en conductas como cortar el suministro eléctrico o de agua de la vivienda, cambiar las cerraduras o también mantener la finca en un estado de absoluto abandono, haciendo dejación el propietario de sus obligaciones como arrendador (tolerar la presencia de ocupas, no realizar obras necesarias de reparación, etc.). La jurisprudencia de las audiencias provinciales no había seguido un criterio claro en cuanto a la posibilidad de aplicar el delito de coacciones en estos supuestos. Es cierto que había resoluciones favorables a aplicar las figuras de coacciones (generalmente la falta) en el acoso inmobiliario fundamentadas en el

concepto amplio de violencia que la jurisprudencia emplea en este delito —inclusivo de la *vis in rebus*, tanto propia como impropia—, en cambio en otras se exigía que concurriese violencia física o psíquica para forzar la voluntad del sujeto pasivo (véanse los autos de la AP de Barcelona de 5 de marzo de 2001 y 11 de junio de 2007). La aplicación del delito de coacciones encontraba más dificultades en los casos de omisión, aunque no han faltado pronunciamientos favorables al recurso a las coacciones en comisión por omisión (véanse autos de la AP de Barcelona de 9 de marzo de 2009 y de 24 de abril de 2009).

En la reforma de 2010 se introducen dos tipos destinados a la represión del llamado acoso inmobiliario: el tipo agravado del delito de coacciones (art. 172.1, párrafo tercero), para los casos en que esta modalidad de acoso se manifieste a través de acciones que puedan calificarse como violentas, castigado con prisión de seis meses a tres años en su mitad superior o con multa de doce a veinticuatro meses en su mitad superior, y esta nueva modalidad de delito contra la integridad moral, para el que se prevé la pena de prisión de seis meses a dos años, que habrá de reservarse para otras conductas de acoso inmobiliario que no reúnan los requisitos de las coacciones y que atenten contra la integridad moral.

3. El delito de violencia doméstica habitual

a. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana introdujo en el apartado 2 del art. 173 el delito de violencia doméstica habitual que antes de esa reforma se encontraba en el art. 153. En este último precepto, dentro de los delitos de lesiones, se tipifica ahora un delito de violencia doméstica ocasional: se castigan aquí como delito las faltas de lesiones y de malos tratos cuando se cometen en el ámbito doméstico.

Además, la nueva regulación del art. 173.2 supuso una ampliación del círculo de sujetos y una modificación de la penalidad.

b. El tipo alude a la realización de actos de violencia física o psíquica de forma habitual, estando vinculados el sujeto activo y el pasivo por una relación familiar o similar. Esa reiteración de conductas violentas da lugar a un estado de agresión permanente basado en una relación de dominio que proporciona el ámbito familiar o cuasifamiliar que deja a la víctima en una situación de indefensión. De aquí se deduce que la finalidad del precepto es castigar a las personas que hacen de la agresión y el maltrato físico o psíquico una forma de relación y comunicación normal en el ámbito familiar o similar, sometiendo a la víctima a unas condiciones degradantes. La violencia habitual en el ámbito doméstico constituye, por tanto, un tipo específico de tratos degradantes cuyo fundamento radica en la situación de sujeción o dominación de la víctima respecto al sujeto activo.

Conviene tener en cuenta, por otra parte, que no es preciso que esos actos de violencia se materialicen en resultados de lesión para la salud o integridad física, sino que constituyen un peligro abstracto para estos bienes jurídicos. Si se da un resultado (o varios) de lesión para la salud o integridad física como consecuencia de esos actos, corresponderá aplicar un concurso de delitos, tal y como expresamente dispone el último inciso del art. 173.2, párrafo primero (véase STS n.º 261, de 28 de febrero de 2005).

c. Se trata de un delito especial, pues *sujeto activo* solo puede serlo aquel que se encuentre unido al *sujeto pasivo* por los vínculos que el precepto describe. Se contemplan cuatro grupos de relaciones:

—La relación conyugal, actual o pasada. Se incluyen, por tanto, separados o divorciados, aun cuando ya no existe convivencia en común.

—Las relaciones de afectividad análogas a la conyugal, actuales o pasadas, aunque no haya o hubiese habido convivencia.

—Las relaciones de parentesco del sujeto activo o del cónyuge o conviviente de éste con el sujeto pasivo.

—Las relaciones tutelares o asimiladas. Se distinguen aquí, en primer lugar, los menores o incapaces que convivan con el sujeto activo o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, en segundo lugar, las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar y, en tercer lugar, las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

d. La *conducta típica* consiste en ejercer habitualmente violencia física o psíquica sobre cualquiera de las personas comprendidas en el tipo. Por tanto, las notas que caracterizan la conducta son el ejercicio de violencia física o psíquica y la habitualidad.

—Por violencia física se entiende la aplicación de fuerza física o acometimiento material sobre el cuerpo del agredido, cualquiera que sea su gravedad (puñetazos, empujones, bofetadas, patadas, etc.).

—Por violencia psíquica cabe entender cualquier acometimiento verbal o de obra que recaiga sobre la mente de la víctima, capaz de crear un estado de agresión permanente (insultos, humillaciones...).

Es posible el ejercicio de violencia física o psíquica por omisión, y así lo ha reconocido el TS en varias sentencias. Por ejemplo, en sentencia n.º 20, de 22 de enero de 2002, condena a la madre que no evita los malos tratos habituales a su hija de dos años ocasionados por su compañero sentimental.

—La habitualidad representa el elemento del tipo que configura lo injusto específico de este delito y justifica su tipificación autónoma. La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria parten de que la habitualidad es un concepto fáctico y criminológico consistente en la reiteración por parte del sujeto activo de actos de violencia que dan lugar a un estado de agresión permanente. Este concepto de habitualidad no está sujeto a requisitos formales como el concepto legal de reo habitual del art. 94 o el concepto de reincidencia. Hasta la década de los noventa se consideraba que para que existiese habitualidad debían darse al menos tres actos violentos acreditados, sin embargo ese criterio fue sustituido con el paso del tiempo y ahora lo relevante, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente (véase STS n.º 1212, de 25 de octubre de 2006).

El apartado tercero del art. 173 proporciona una serie de criterios legales a tener en cuenta para constatar la habitualidad. Estos criterios son el número de actos que resulten acreditados y la proximidad temporal de los mismos, siendo indiferente que los actos hayan recaído sobre la misma o diferentes personas y que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

Por lo que respecta al número de actos, se trata de un criterio orientativo y no matemático. En realidad, lo relevante no es tanto el número concreto de actos de

violencia que se requieren sino que los mismos provoquen un estado de agresión permanente que determine un trato degradante de la víctima.

En cuanto a la proximidad temporal de los actos, se trata de poner de relieve que los actos violentos han de integrar un comportamiento sistemático, de manera que comportamientos violentos aislados o esporádicos no acreditan la habitualidad necesaria. Por tanto, en atención a las circunstancias del caso concreto habrá que determinar si esos actos determinan o no un clima de violencia permanente en el contexto familiar o cuasifamiliar.

e. El *tipo subjetivo* exige el dolo. El dolo debe abarcar el conocimiento de la reiteración de la violencia y la relación típica que proporciona al sujeto activo una relación de dominio y de poder.

f. No caben las causas de justificación. En particular, la violencia habitual no puede quedar amparada por el ejercicio del derecho de corrección.

g. En materia de culpabilidad resulta de interés determinar qué relevancia puede tener en ese elemento del delito el consumo de alcohol, dado que este se da en un elevado porcentaje de casos de violencia doméstica. Para que la ingesta de alcohol tenga incidencia en la responsabilidad penal es necesario que afecte a las facultades intelectivas o volitivas del agresor y que tal alteración esté presente durante todos los episodios violentos que determinan el estado de agresión permanente. Entonces, según si la intoxicación es plena o no, podrá plantearse la aplicación de la eximente completa o incompleta de intoxicación del art. 20.2 o 21.1, o una eximente incompleta por analogía. En todos los casos el autor no ha de haber previsto o debido prever que la ingesta de alcohol podía ocasionar la violencia.

h. La pena prevista para este delito es cumulativa: prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de uno a cinco años, si el juez o tribunal lo estima pertinente por el interés del menor o incapaz. Además, de acuerdo con el art. 57, se impondrán las penas accesorias contempladas en el art. 48.

Si alguno de los actos de violencia se realizan en presencia de menores, utilizando armas, o si tienen lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o se realizan quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza, las penas se impondrán en su mitad superior (art. 173.2, párrafo segundo).

4. El delito de tortura

a. Se encuentra regulado en el art. 174 CP. Lo característico del delito de tortura es que el atentado a la integridad moral es realizado por una autoridad o funcionario público con el fin de obtener una confesión o información o de castigar al sujeto pasivo o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación. Precisamente estas características específicas del sujeto activo y de la finalidad con la que actúa determinan que el delito de tortura sea el más grave de todos los delitos contra la integridad moral.

b. El Código penal tipifica el delito de tortura en dos apartados distintos en función de quién sea el *sujeto activo*, es decir, según la clase de autoridad o funcionario público que realice los hechos. Si se trata de una autoridad o funcionario público que por razón de su función participa en la investigación judicial o policial o

en la custodia de los detenidos, estamos ante la modalidad descrita en el art. 174.1. Si se trata de un autoridad o funcionario público de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, estamos ante la denominada tortura en el ámbito penitenciario del art. 174.2. En todo lo demás (conductas típicas y penalidad) ambas modalidades coinciden.

El sujeto activo tiene que actuar abusando de su cargo, lo que significa que tiene que utilizar las facultades que la función pública le atribuye, aprovechándose de las facilidades que su cargo le proporciona.

c. *Sujeto pasivo* puede ser cualquier persona privada de libertad o de la que se pretenda obtener una confesión o información propia o de un tercero, o a quien se quiera castigar.

d. La *conducta típica* consiste en someter a una persona a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que de otro modo atenten a su integridad moral.

La formulación es muy amplia y permite incluir en el tipo gran variedad de comportamientos. Quedan abarcados tanto los comportamientos que supongan la utilización de fuerza física (los golpes, maltratos, etc.), como los medios psíquicos o químicos (técnicas de desorientación sensorial, suministro de narcóticos, amenaza a familiares, etc.).

e. El delito de tortura puede cometerse también por omisión. De hecho, así lo prevé expresamente el art. 176, al que nos referiremos luego.

f. En el *tipo subjetivo*, además del dolo, destaca la concurrencia de una serie de fines o metas que pretende alcanzar el sujeto. El funcionario o autoridad ha de actuar con el fin de obtener una confesión o información, con el fin de castigar por un hecho que el sujeto pasivo haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier otra razón basada en algún tipo de discriminación. Si el funcionario actúa con el fin de obtener una confesión o información, estos fines se configuran como elementos subjetivos de lo injusto. Si el funcionario pretende castigar o actúa por razones de discriminación la conducta será más reprochable, es decir, dichos motivos se ubican en la culpabilidad.

g. La tortura no es justificable en ningún caso. En particular, no cabe entenderla justificada por el estado de necesidad, por ejemplo, en caso de que un policía torture a un presunto terrorista para que declare el lugar donde se encuentra el secuestrado por su organización, siendo así que se cumple el plazo dado por esa organización para dar muerte al secuestrado. Hay un sector de la doctrina que considera, en cambio, que tal justificación puede existir cuando se trata de salvar bienes jurídicos fundamentales, como la vida de un tercero (véase ejemplo propuesto).

h. En cuanto a la pena prevista para este delito, si el atentado a la integridad moral es grave corresponde imponer pena de prisión de dos a seis años y, si el atentado no fuera grave, prisión de uno a tres años. Además, en ambos casos, inhabilitación absoluta de ocho a doce años. En cuanto a las penas accesorias, debe aplicarse el art. 57.

5. Otros atentados a la integridad moral cometidos por autoridad o funcionario público

El art. 175 CP tipifica los atentados a la integridad moral distintos de la tortura cometidos por funcionarios. Se cumple así con lo dispuesto en el art. 16 de la Convención de las Naciones Unidas de 1984, donde se establece el compromiso para todo Estado Parte de prohibir los tratos inhumanos y degradantes cometidos por funcionarios que no constituyan tortura.

Estamos ante un delito de tratos degradantes cometido por funcionario público, por lo que podríamos decir que se trata de un delito especial impropio, que tiene su correlato en el art. 173.1, párrafo primero, si bien el art. 175 contempla no solo los atentados graves a la integridad moral sino también los que no lo sean.

Por lo que respecta a la conducta típica, se incluye cualquiera que sea capaz de provocar un sentimiento de humillación o envilecimiento. Por ejemplo, la STS de 3 octubre de 2001 aplicó el precepto a dos guardias civiles que, después de colocar una pistola en la nuca del sujeto, le obligaron a bajarse los pantalones y a buscar una colilla por el suelo.

Las penas previstas son la de prisión de dos a cuatro años si el atentado a la integridad moral es grave y de seis meses a dos años si no lo es. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años. Por lo que respecta a las penas accesorias, debe atenderse al art. 57.

6. Comisión por omisión por parte de autoridad o funcionario público de los delitos contra la integridad moral

El art. 176 CP tipifica expresamente la comisión por omisión tanto del delito de tortura del art. 174 como de los atentados a la integridad moral que no constituyen tortura del art. 175. Por tanto, se castiga con las mismas penas establecidas en dichos preceptos a la autoridad o funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, permite que otras personas ejecuten los hechos descritos en ellos.

El funcionario o autoridad ha de permitir, es decir, consentir o tolerar que se realicen los atentados a la integridad moral, lo que implica que el sujeto ha de tener un dominio potencial del hecho en el sentido de que su intervención podría impedir la acción típica o su continuación. De aquí se deduce que generalmente existirá una relación de superioridad jerárquica entre la autoridad o funcionario público y quien comete los hechos.

Como ejemplos de tortura en comisión por omisión pueden mencionarse el del funcionario de policía responsable de la instrucción del atestado de un detenido que no impide que otra persona someta al detenido a procedimientos que atentan contra la integridad moral para obtener una confesión, o el médico de un centro penitenciario que tenga conocimiento de que un preso está siendo torturado y no lo denuncia.

En cualquier caso, para aplicar el art. 176 ha de tratarse de funcionarios que ostenten una posición de garante respecto del bien jurídico integridad moral pues, si no es así, al funcionario que en el ejercicio de sus funciones tuviera conocimiento de que un particular infringe a otra persona un trato degradante que menoscaba su integridad moral solo se le podrá imputar un delito de omisión de promover la persecución de delitos del art. 408.

V. CLÁUSULA CONCURSAL

El art. 177 CP obliga a castigar los hechos separadamente cuando junto al atentado a la integridad moral se produzca la lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero. El legislador quiere dejar claro así que el bien jurídico integridad moral tiene su propia autonomía y que, por ello, cuando el atentado a la integridad moral venga acompañado de la lesión de otros bienes jurídicos personales —lo que sucede con frecuencia— hay que aplicar un concurso de delitos, y no de leyes. Dicho concurso de delitos podrá ser ideal o real, según los casos.

Ahora bien, de acuerdo con el último inciso del precepto, se exceptúa la aplicación del concurso de delitos cuando el atentado a la integridad moral “ya se halle especialmente castigado por la Ley”. Se hace referencia aquí a los casos en que la lesión a la integridad moral forme parte de las cualificaciones o agravaciones de otros delitos. Obviamente en esos casos, una vez aplicada la agravación no cabe apreciar autónomamente el delito contra la integridad moral.

Ello sucede en los delitos contra la vida y contra la integridad física y salud en los que el ensañamiento constituye un elemento cualificador (art. 139.3, para el asesinato y 148.2 para las lesiones), siendo así que el ensañamiento incluye generalmente un atentado a la integridad moral. Y también sucede en las agresiones sexuales, cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio (art. 180.1, 1.º).

LECCIÓN 10

TRATA DE SERES HUMANOS

I. INTRODUCCIÓN

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha incorporado un nuevo título dedicado a la trata de seres humanos que comprende un único precepto, el artículo 177 bis.

La introducción de este título VII bis respondía a una doble necesidad. En primer lugar, era precisa la introducción de una regulación específica de las conductas de trata de seres humanos, que no se contemplaban como tal delito.

Antes de la reforma de 2010, el delito del artículo 318 bis castigaba el tráfico ilegal de personas que se realizaba con la finalidad de explotar sexualmente a las mismas. Sin embargo, esta regulación resultaba insuficiente para captar todo el fenómeno de la trata. El precepto mencionado dejaba fuera a víctimas de trata que fuesen nacionales y extranjeras comunitarias, y únicamente incriminaba la trata con fines de explotación sexual. Además, como indica Pomares Cintas, el delito de tráfico ilegal de personas castiga conductas referidas a la colaboración en el desplazamiento transfronterizo de extranjeros-inmigrantes que pretenden establecerse ilegalmente en la UE (su finalidad es, pues, la de tutelar el interés estatal en el control de los flujos migratorios); en cambio, la relevancia de las conductas de trata no se deriva de la infracción de la legislación de extranjería, sino de la utilización de procedimientos que instrumentalizan a las personas con el objetivo de someterlas a una situación de explotación personal, sean nacionales o extranjeros.

Con la introducción del artículo 177 bis el legislador ha querido distinguir claramente el fenómeno de la trata de seres humanos del relativo al tráfico ilegal de personas.

En el siguiente cuadro recogemos las principales diferencias existentes entre el fenómeno criminal del tráfico ilícito de personas y la trata de personas:

TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS	TRATA DE PERSONAS
El migrante establece contacto directo y voluntario con el traficante (pollero o coyote) es decir, no hay vicio en el consentimiento.	El contacto se da bajo engaño y/o abuso, y/o coacción. En otras palabras, el consentimiento está viciado.
Implica siempre cruce de frontera o fronteras.	Puede darse dentro o fuera de un país, el cruce de fronteras no es necesario.
El dinero es un factor intrínseco en el traslado.	El dinero para el traslado no es un factor importante sino someter a la persona a una deuda económica que la fuerza a ser explotada.
La relación entre el traficante y el migrante termina una vez llegado al destino.	La relación entre el tratante y la víctima es mucho más prolongada, generalmente una vez llegada al destino inicia o continúa la explotación.
Implica mayoritariamente a hombres	Sus víctimas fundamentales son mujeres, niñas y niños y en menor grado víctimas masculinas.

TRATA DE SERES HUMANOS

Durante el traslado hay mayores riesgos de salud y vida.	Durante el traslado se minimizan los riesgos a la salud y a la vida pero en el largo plazo el impacto físico y psicológico es más prolongado.
Es fundamentalmente un delito contra el Estado.	Atenta contra la dignidad y los derechos de la persona. Es un delito contra el individuo.

En segundo lugar la tipificación de la trata de seres humanos era necesaria para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos por nuestro país al suscribir diversos instrumentos internacionales dirigidos a erradicar el fenómeno de la trata. En particular, hay que mencionar:

- Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (Palermo, 2000).
- Convenio del Consejo de Europa para la Lucha contra el Tráfico de Seres Humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Junto a estos instrumentos internacionales hay que tener en cuenta la reciente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas que sustituye a la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En los textos internacionales relativos a la lucha contra la trata de personas se reitera la idea de que estas conductas suponen una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas. El preámbulo de la LO 5/2010 indica que en el artículo 177 bis se tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos.

En la determinación del bien jurídico protegido en la doctrina existe acuerdo en considerar que se protegen bienes jurídicos de carácter individual que algunos concretan en la «dignidad y libertad» (Terradillos Basoco, Santana Vega), mientras que otros ponen el acento en la lesión de la dignidad e integridad moral de la persona (Muñoz Conde, Benítez Ortúzar). En este segundo sentido, se concibe el delito de trata como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral «en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone generarle un situación humillante que lo anula como persona» (Pomares Cintas).

III. TIPO BÁSICO DE TRATA DE SERES HUMANOS

El apartado 1 del artículo 177 bis CP contiene el tipo básico de los delitos de trata de seres humanos. La conducta típica consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a un persona, nacional o extranjera, empleando violencia, intimidación o engaño, o bien abusando de una situación de superioridad o de necesidad, o de la vulnerabilidad de la víctima.

El tipo no queda restringido a la delincuencia organizada de carácter transnacional y, por ello, el precepto alude a que el delito puede producirse en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a España. Por otra parte, el

propio tipo especifica que la víctima puede ser nacional o extranjera. Tampoco se reserva la protección penal a los extranjeros en función de su residencia legal o ilegal.

La conducta típica se describe de forma muy amplia: captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona. Todas estas conductas deben realizarse empleando como medios comisivos:

- a) la violencia (acometimiento físico sobre el sujeto pasivo);
- b) la intimidación o el engaño (por ejemplo, induciendo a error a la víctima sobre la auténtica finalidad que persigue el sujeto activo);
- c) el abuso de una situación de superioridad o de necesidad;
- d) o el abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima (situaciones en las que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto la de someterse al abuso).

Cuando se emplean estos medios es irrelevante el consentimiento de la víctima. En el caso de menores de edad no se exige ni siquiera el empleo de esos medios: se considera trata de seres humanos cualquiera de las acciones del tipo básico.

La conducta típica ha de realizarse con alguna de las finalidades siguientes, que aparecen como elementos subjetivos de lo injusto:

- 1.^a) La imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- 2.^a) La explotación sexual, incluida la pornografía. Esta finalidad de la trata no abarca solamente la explotación de la prostitución ajena sino cualquier actividad con contenido sexual, como por ejemplo utilizar a la víctima en espectáculos exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico.
- 3.^a) La extracción de sus órganos corporales. Quedarían excluidos supuestos cuya finalidad sea la de utilizar a las personas para realizar ensayos o experimentos clínicos o farmacéuticos o para extraer tejidos humanos o sangre para su venta posterior.

El delito se consuma una vez cumplida la acción típica, independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos. La estructura del delito se corresponde con la de un delito mutilado de dos actos.

La pena prevista para este tipo básico es de 5 a 8 años de prisión. La doctrina ha criticado la dureza de la pena prevista que va más allá de las exigencias derivadas de los compromisos internacionales (Terradillos Basoco, Pomares Cintas).

IV. TIPOS AGRAVADOS DE TRATA DE SERES HUMANOS

El artículo 177 bis recoge varios tipos agravados en consideración a la víctima o atendiendo al sujeto activo de la infracción.

1. Tipos agravados en consideración al sujeto pasivo del delito de trata

En el apartado cuatro está prevista la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el artículo 177 bis apartado 1 cuando:

- a) con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) cuando la víctima sea menor de edad;

c) cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Para distinguir esta agravación del tipo básico se propone incluir aquí supuestos valorados como muy graves y que lo sean por alguno de estos tres motivos: enfermedad, discapacidad o situación (Santana Vega).

La concurrencia de más de una de estas circunstancias determina la imposición de la pena superior en grado en su mitad superior.

2. Tipos agravados en consideración al sujeto activo del delito de trata

a) En el apartado 5 se recoge un tipo agravado para los casos en que el sujeto activo se prevale de su condición de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público. Es decir, se exige que el sujeto activo abuse de su cargo para llevar a cabo la comisión del delito, sin que sea necesario estar en el ejercicio de las funciones que le son propias (Santana Vega). En este caso se impone la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico y, cumulativamente, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años. Si, además, concurre alguna de las circunstancias relativas a la víctima que hemos mencionado anteriormente se imponen las penas en la mitad superior.

b) Si el culpable pertenece a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedica a la realización de estas actividades se impondrá la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico junto con la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Si concurre, además, alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 se impondrán las penas en la mitad superior. Y si concurre la circunstancia prevista en el apartado 5 se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior.

En relación con la delincuencia organizada está previsto asimismo la imposición de una pena más grave para los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación.

V. CASTIGO DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

La provocación, conspiración y proposición para cometer estos delitos se castiga con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente (apartado 8 del artículo 177 bis).

VI. CONCURSO CON OTROS DELITOS

En los supuestos de conductas de trata con pluralidad de sujetos pasivos habrá que apreciar tantos delitos de trata como víctimas, al protegerse un bien jurídico personalísimo.

Por otro lado, hemos mencionado anteriormente que el delito no exige el resultado de explotación efectiva de la víctima, de ahí que la comisión ulterior de otros delitos en los que se concrete la explotación de la víctima determina la aplicación de las reglas del concurso de delitos. Con todo (quizá para aclarar dudas), el legislador ha incluido una norma concursal específica conforme a la cual las penas previstas para el delito de trata se impondrán sin perjuicio de las que correspondan en su caso por el delito de tráfico ilícito de personas (art. 318 bis CP) y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Así, por ejemplo, si se capta a una mujer a la que posteriormente se

obliga a ejercer la prostitución, el artículo 177 bis entrará en concurso de delitos con la prostitución coactiva del artículo 188 CP.

Si, vinculado a las conductas de trata, se produce un resultado de lesiones o de muerte de la víctima habrá que aplicar las reglas relativas al concurso de delitos.

VII. REINCIDENCIA INTERNACIONAL

El apartado 10 del artículo 177 bis contempla la reincidencia internacional de forma que las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de trata de seres humanos producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

VIII. EXCUSA ABSOLUTORIA PARA LA VÍCTIMA

De conformidad con lo establecido en los textos internacionales se hace una referencia a la víctima del delito. El apartado 11 incluye una excusa absolutoria para la víctima de delitos de trata: la víctima quedará exenta de responsabilidad penal por las infracciones que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. En opinión de Terradillos Basoco con esta disposición se pretendería establecer otros supuestos de exención de la responsabilidad penal que no estén cubiertos por las causas de justificación o exculpación generales. A pesar de todo la fórmula legal es muy imprecisa y será la jurisprudencia la que concrete los criterios de aplicación del precepto.

En el ámbito administrativo, en relación con personas extranjeras en situación irregular que han sido víctimas de un delito de trata, está prevista la posibilidad de declararlas exentas de responsabilidad administrativa, con la consiguiente facilitación del retorno o de la autorización de residencia y trabajo, siempre que concurren circunstancias excepcionales relacionadas con su cooperación con los fines de la investigación o de las acciones penales, con su situación personal o con las posibilidades de su integración social.

IX. EL CASTIGO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Cuando el responsable del delito sea una persona jurídica se le impondrá una pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Asimismo se podrán imponer las penas siguientes:

- disolución de la persona jurídica;
- suspensión de sus actividades;
- clausura de sus locales y establecimientos;
- prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito;
- inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social;

TRATA DE SERES HUMANOS

- intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario.

LECCIÓN 11*

AGRESIONES Y ABUSOS SEXUALES

I. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales están regulados en el Título VIII, del Libro II del CP. Estos delitos han sido objeto de múltiples reformas (11/1999, 15/2003 y, la más reciente, la llevada a cabo por la 5/2010).

El Título VIII está estructurado en varios capítulos:

- Capítulo I: dedicado a las agresiones sexuales.
- Capítulo II: dedicado a los abusos sexuales.
- Capítulo II bis: dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años.
- Capítulo III: relativo al acoso sexual.
- Capítulo IV: relativo a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.
- Capítulo V: relativo a la prostitución y la corrupción de menores.
- Capítulo VI: recoge una serie de disposiciones comunes a los capítulos anteriores.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

Históricamente se hablaba de “delitos contra la honestidad”. Posteriormente, en la reforma del anterior CP que se llevó a cabo en 1989 se adoptó el término “delitos contra la libertad sexual”, rúbrica que fue también la utilizada por el actual CP de 1995, hasta que en la reforma llevada a cabo por la LO 11/1999, junto al término “libertad sexual” se introdujo el de “indemnidad sexual”. Con el cambio de rúbrica llevado a cabo en 1989 el legislador tuvo en cuenta la opinión de la doctrina, que había criticado la rúbrica “delitos contra la honestidad” por entender que estaba dotada de fuertes connotaciones moralizantes y no se correspondía tampoco con un auténtico bien jurídico protegido. El propio Código penal de 1995, en su Exposición de Motivos, se hace eco de estas críticas, al decir que “bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio”. Con la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, se pretende, “adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fue históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos”.

La *libertad sexual* se configura como una concreción de la libertad personal. La doctrina la define como la facultad del sujeto de comportarse en el plano sexual de acuerdo a sus propios deseos sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, lo que implica la capacidad del sujeto de no ejecutar los actos de naturaleza

* Belén Mayo Calderón

sexual que no desee. Con la tutela del citado bien jurídico se pretende que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad.

Así, pasan a ser objeto de atención del Derecho penal todas aquellas conductas que involucren a otras personas en acciones sexuales sin su voluntad (Diez Ripollés). Es decir, se protege la libertad sexual exclusivamente en la medida en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que el bien jurídico protegido no es la honestidad ni la intimidad de la persona sino la libertad sexual de todo ser humano, como insalvable y privativa facultad de la persona de consentir o rechazar un contacto sexual de la naturaleza que sea éste (SsTS de 12 de abril de 2002 y 2 de octubre de 2006) y también la dignidad (STS de 25 de octubre de 2001).

La LO 11/1999, de 30 de abril, introdujo en la rúbrica del Título VIII la referencia a la *indemnidad sexual*, es decir, la intangibilidad o integridad sexual de los menores e incapaces, que se caracterizan por no tener libertad sexual, es decir, por no tener capacidad para decidir libremente sobre su sexualidad con terceros. Con el término “indemnidad” se trata de reflejar el interés en que estas personas, consideradas especialmente vulnerables, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual.

Por lo que respecta a los incapaces (art. 25 CP) no tienen capacidad para decidir libremente su comportamiento sexual. Su libertad sexual es inexistente o está completamente anulada.

En relación a los menores, mediante la protección de la indemnidad sexual se trata de preservarlos de ciertas influencias negativas en su proceso de formación para que cuando sean mayores de edad pueda elegir libremente. Se pretende proteger la libertad de los menores en el futuro, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sus comportamientos sexuales, asegurando así un adecuado y normal desarrollo de la personalidad del menor y un futuro equilibrio psíquico.

III. LAS AGRESIONES SEXUALES

1. La distinción entre agresiones y abusos sexuales: los conceptos de violencia e intimidación

El rasgo que permite distinguir las agresiones de los abusos sexuales es la existencia de violencia o intimidación: en las agresiones sexuales concurre violencia e intimidación y en los abusos sexuales no. La distinción entre ambas conductas se establece, por tanto, por medio de los modos de ejecución que caracterizan a la conducta de naturaleza sexual. En las agresiones sexuales la violencia o la intimidación son el medio para doblegar la voluntad de la víctima.

Las agresiones y los abusos tienen en común lo siguiente: 1) las conductas objetivas de contenido sexual propias de unos y otros son las mismas; 2) ambos tipos de conductas se caracterizan por la ausencia de un consentimiento jurídicamente válido para excluir el tipo: o bien no hay consentimiento (la víctima no ha formulado su oposición o la ha formulado expresamente), o bien hay un consentimiento aparente, que el legislador considera jurídicamente inválido por estar viciado.

La mayoría de la doctrina considera que el consentimiento tácito es válido para excluir el tipo, lo que la mayoría de los autores no admiten es el consentimiento presunto.

1.1. La violencia

Por *violencia* ha de entenderse el empleo de violencia material, es decir, de fuerza física aplicada sobre el cuerpo del sujeto pasivo, con la finalidad de vencer su voluntad. El TS considera que “equivale a acometimiento, coacción o imposición material e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima” (SsTS de 17 de mayo de 2001, 23 de septiembre de 2002 y 2 de octubre de 2006). No exige, por tanto, que la violencia sea irresistible, invencible, extraordinaria o de una gravedad inusitada, bastando con que sea circunstancialmente idónea y eficaz en la ocasión concreta (STS de 12 de abril de 2002).

No es necesaria la causación en el sujeto pasivo de ningún tipo de lesión o secuela, que, en caso de ocasionarse, podrá dar lugar a la apreciación de un tipo de lesiones en concurso de delitos.

La fuerza ha de ir dirigida sobre la propia víctima, de modo que no estaremos ante el concepto de violencia, por ejemplo, cuando se ejerce para apartar a otra persona que obstaculiza el paso al lugar donde se halla la víctima.

No es necesario que persista durante toda la ejecución, pudiendo cesar cuando la víctima ya no oponga resistencia vista su incapacidad para vencer la violencia que está sufriendo o por encontrarse en un estado de agotamiento.

Durante mucho tiempo la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia pusieron de manifiesto que frente a la violencia utilizada por el sujeto activo debía constar la correlativa resistencia por parte de la víctima. No bastaba con una falta de consentimiento ni tampoco con la mera oposición por rotunda que sea.

Así, en opinión de Díez Ripollés, la resistencia es un elemento típico imprescindible en la agresión sexual violenta y es el presupuesto que da sentido a la violencia empleada, que no se ejerce gratuitamente ni como ocasional. La violencia no es un calificativo de la acción sexual en sí misma, sino un medio para poder realizar esta, neutralizando los obstáculos puestos por la víctima oponente. Por ello, no se da esta modalidad, por ejemplo, si estamos ante comportamientos sexuales sádicos o masoquistas que la pareja consiente o a los que no opone resistencia. La modalidad violenta presupone que la víctima, más allá de no dar su consentimiento a la acción sexual, se opone a ella. Esta oposición –señala el citado autor– ha de dar lugar, como efecto ineludible, a una efectiva resistencia. No basta, por consiguiente, con una falta de consentimiento, ni tampoco con la mera constancia de la oposición de la víctima por rotunda que esta sea.

La jurisprudencia también exigió durante mucho tiempo que la violencia fuera de tal magnitud que se produjera una práctica imposibilidad de resistencia. No exigía que la resistencia fuera desesperada, ni cercana a los límites de la heroicidad, pero sí que fuera real, verdadera, seria y enérgica, esto es, claramente expresiva de una voluntad contraria de la víctima a la realización del acto sexual (SsTS de 13 de diciembre de 1988, y de 21 de marzo de 1990). Sin embargo, en la actualidad la jurisprudencia se conforma con la mera oposición, considerando la resistencia, todo lo más, como mero medio de prueba de aquella, sin constituir una exigencia del tipo. En este sentido, el TS considera que “no le es exigible a la víctima exponerse a males mayores como consecuencia de un aumento de la resistencia, ante la representación de que el autor acudiera a formas más graves de violencia” (SsTS de 12 de abril de 2002 y 2 de octubre de 2006). Dice el TS que “habiendo manifestado la víctima de

manera inequívoca su voluntad contraria a la relación sexual pretendida por el agente, la fuerza física o las vías de hecho utilizadas por éste para quebrantar la decisión constituirá la violencia requerida por el tipo, sea cual fuere la intensidad de la resistencia ofrecida por el sujeto pasivo (SsTS de 27 de marzo de 2002 y 2 de octubre de 2006), debiendo tenerse en cuenta a este respecto que en nuestro Derecho no existe un *tertium genus* entre ausencia de voluntad y voluntad opuesta o contraria de la víctima (STS de 25 de enero de 2002)”.

1.2. La intimidación

Hay intimidación en los supuestos en los que el sujeto activo amenaza al sujeto pasivo con la realización de un mal si se negare al atentado contra su libertad sexual.

Es preciso determinar cuál debe ser la entidad, el grado o la gravedad de la intimidación para que estemos ante una agresión sexual.

Para ello es necesario armonizar el criterio objetivo de la gravedad intrínseca de la amenaza (al respecto, dice Díez Ripollés que tal juicio se ha de formular de acuerdo a un criterio social de normalidad, verificando la capacidad de la acción intimidatoria para modificar la decisión de una persona media de nuestra sociedad, situada en la posición del realmente amenazado, de resistir ese comportamiento sexual) con el criterio subjetivo consistente en ponderar las circunstancias personales que confluyan en cada caso (así, por ejemplo, la personalidad de la víctima, el momento y el lugar de la amenaza...).

Existe unanimidad en que la intimidación es suficiente en aquellos casos en los que se amenaza a la víctima con causarle un mal ligado a su vida, integridad física o libertad. En cambio, no está tan claro si cabe apreciar una intimidación típica cuando el mal que se anuncia al sujeto pasivo reviste menor entidad: por ejemplo, en aquellos casos en los que se amenaza con un mal para el patrimonio o el honor.

La jurisprudencia entiende por intimidación la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad de una persona (STS de 25 de octubre de 2002), amenaza que ha de ser objetiva y no meramente imaginada por la víctima (STS de 3 de junio de 1999) y referida a un mal inminente y grave, racional y fundado (SsTS de 25 de marzo de 1997 y 23 de mayo de 2002), que posea un mínimo de entidad objetiva (STS de 1 de octubre de 1999 y 2 de octubre de 2006). No es exigible que la intimidación sea irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada, bastando con que circunstancialmente sea idónea y eficaz en la ocasión concreta (SsTS de 3 de octubre de 2002 y 2 de octubre de 2006). En opinión del TS, la valoración de la suficiencia de la intimidación debe hacerse atendiendo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso, y entre ellas el grado de susceptibilidad de la víctima para ser amedrentada (STS de 23 de abril de 2001). Se expresa la intimidación con pluralidad de formas (STS de 2 de febrero de 2000), siendo típica no sólo la cometida sobre el sujeto pasivo, sino también sobre un tercero o sobre el propio amenazante (STS de 1 de octubre de 1999), e incluso la “intimidación aprovechada”, es decir, aquella situación en la que un individuo se sirve del estado en el que ha quedado la víctima objeto de un asalto sexual intimidatorio llevado a cabo por un tercero, para hacerla objeto de actividad sexual ilícita (TS 12-12-1991). También caben estados de sometimiento e intimidación permanentes (STS de 15 de enero de 1998). Por otra parte, en la sentencia de 10 de noviembre de 2003, el TS señaló que permanece el efecto intimidatorio aunque el arma (una navaja) solo se use para la sustracción si, sin solución de continuidad, se pide la realización de una felación.

2. El tipo genérico de atentado a la libertad sexual con violencia o intimidación (artículo 178)

El art. 178 del CP indica lo siguiente: “*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*”.

2.1. El tipo objetivo

Este tipo delictivo recoge todo atentado contra la libertad sexual de otra persona, realizado con violencia o intimidación, que no quede comprendido o abarcado por el art. 179 CP (delito de violación). Por tanto, se castigan en este tipo delictivo las agresiones sexuales que *no consistan* en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Ejemplo: tocamientos íntimos a la víctima o hacer que la víctima realice tales acciones sobre el cuerpo del autor.

La jurisprudencia ha señalado que es indiferente que los tocamientos se realicen por encima o por debajo de la ropa (STS de 18 de abril de 2001).

En relación con este tipo delictivo la doctrina discute acerca de si es necesario o no que exista un contacto corporal entre la víctima y el sujeto activo.

Aunque ciertamente el tenor literal del precepto permite incluir conductas en las que no existe un contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo (consideran, por ejemplo, que no es necesario que exista contacto corporal Ragués i Vallès y Sáinz-Cantero) una parte de la doctrina exige que exista un contacto corporal o físico entre el autor y la víctima para poder hablar de agresión sexual. Así, señala Díez Ripollés que en el plano objetivo no vale cualquier conducta con significado sexual (de lo contrario, se daría lugar a una desmesurada ampliación del tipo), sino que debe darse contacto corporal. Según el citado autor en el tipo del art. 178 quedan incluidos:

1. Los contactos sexuales que la víctima soporta del sujeto activo o de un tercero (que será también víctima).
2. Los contactos sexuales que la víctima es obligada a realizar sobre el sujeto activo o sobre un tercero.
3. También se deben incluir (de la misma opinión, Bajo y Carmona Salgado) los contactos sexuales que la víctima es determinada a realizar sobre sí misma.

Por el contrario, otro sector doctrinal (Muñoz Conde) exige contacto corporal entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, pero interpreta este concepto más restrictivamente, considerando que no existe en los supuestos en los que el sujeto activo induce u obliga al sujeto pasivo a realizar contactos sexuales sobre sí mismo o con un tercero. En opinión de Muñoz Conde, estos supuestos no son agresiones sexuales, sino delitos contra la libertad constitutivos de amenazas y coacciones y probablemente también contra la integridad moral o formas de coautoría o de participación en las agresiones sexuales de un tercero o autoría de un delito relativo a la prostitución.

Por último, todos los autores (Díez Ripollés, Muñoz Conde) que exigen contacto corporal están de acuerdo en excluir del art. 178, por falta de contacto corporal con la víctima, los contactos corporales del sujeto activo consigo mismo o con un tercero, determinando a la víctima simplemente a contemplarlos. Al respecto, Muñoz Conde señala que todo lo más deben incluirse en el delito de exhibicionismo

del art. 185. Sin embargo, hay que tener en cuenta que este delito exige que la víctima sea menor o incapaz y no debe darse violencia o intimidación. A mi juicio, en estos supuestos habrá que acudir al delito o la falta de coacciones –art. 172 o 620.2.º CP– o el delito o la falta de amenazas –arts. 169 y ss. y 620.2.º CP–.

Por su parte, la jurisprudencia exige el contacto corporal o tocamiento impúdico con significado sexual, aunque sea elemental o breve (STS de 24 de junio de 2002), aunque en alguna sentencia ha aplicado el art. 178 en supuestos en los que no existía el citado contacto corporal. Así, lo aplicó en un caso en el que el sujeto activo mientras se masturba obliga a la víctima a exhibirse desnuda (STS de 29 de diciembre de 2009). Al respecto, ha señalado que es indiferente que esos actos sean activos o pasivos, de tal manera que considera típicos los supuestos en los que el sujeto activo obliga a la víctima a realizar los tocamientos sobre la persona del culpable (STS de 18 de abril de 2001) o sobre sí mismo (STS de 18 de diciembre de 1986 y Auto del TS de 4 de marzo de 1998).

2.2. El tipo subjetivo

Una parte de la doctrina señala que el tipo subjetivo estará formado, además de por el dolo, por el elemento subjetivo de lo injusto del “ánimo lascivo, lúbrico, libidinoso o lujurioso”, es decir, la finalidad de excitar o satisfacer el impulso sexual propio o ajeno. Sin embargo, otros autores (Muñoz Conde) no exigen ningún otro elemento subjetivo adicional al dolo.

La jurisprudencia, aunque mayoritariamente requiere, además del dolo, el ánimo lascivo (STS de 22 de julio de 2002), en alguna resolución ha señalado que “basta con el dolo genérico de atentar contra la libertad sexual (STS de 23 de marzo de 1991 y 9 de julio de 1999), que se inferiría de signos externos acreditados (STS de 4 de abril de 2001).

El dolo del sujeto activo no debe abarcar el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Si el sujeto activo actúa con la intención de tener un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o de introducir miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías estaríamos ante una tentativa del delito recogido en el art. 179 (violación). Ejemplo: si una persona empleando violencia o intimidación, toca el órgano sexual de otra sin ánimo de tener acceso carnal comete un delito de agresión sexual del art. 178 (consumado). Si, por el contrario, empleando violencia o intimidación, un sujeto toca el órgano sexual de otra persona con el ánimo de tener acceso carnal, que no llega a llevar a cabo porque aparece alguien que lo impide, debería ser castigado por un delito de violación del art. 179 en grado de tentativa (arts. 16 y 62 CP).

Al respecto, la jurisprudencia exige el elemento negativo consistente en que el sujeto activo no tenga ánimo de realizar ninguna de las conductas a las que se refiere el art. 179 (STS de 18 de abril de 2001).

2.3. Grados de ejecución

La agresión sexual se consuma cuando, con violencia o intimidación, se ejecuta con ánimo lascivo el comportamiento de carácter sexual, esto es, tan pronto como la víctima soporta en su cuerpo las maniobras sexuales que el sujeto activo realiza o cuando la víctima, obligada por el sujeto activo, toca al sujeto activo o a un tercero.

La doctrina (Muñoz Conde) considera que habrá tentativa si, a pesar del empleo de la intimidación o de la violencia, el sujeto no llega al contacto corporal.

La jurisprudencia, a pesar de considerarlo un delito de mera actividad (SsTS de 13 de septiembre de 1995 y 25 de julio de 2001), ha admitido la tentativa cuando se usa violencia o intimidación sin llegar al contacto sexual. Así, se tipifica como tentativa el hecho de desplazarse desde su lugar de residencia hasta la ciudad donde vivía la menor, esperarla en las inmediaciones de su domicilio y entrar en el portal detrás de ella portando una navaja multiusos, pues en una ocasión anterior en que logró consumar el ataque actuó de idéntica forma, entendiéndose que deben considerarse actos ejecutivos aquellos que suponen una puesta en peligro siquiera remota para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella (SsTS de 20 de diciembre de 1999 y 16 de septiembre de 2002).

3. El delito de violación (artículo 179)

3.1. El tipo objetivo

El art. 179 del CP indica: "*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años*".

La pena es, a diferencia de lo que ocurría en el anterior CP, menor que la del homicidio. La equiparación de las penas de ambos delitos fue criticada por la doctrina, que consideraba que no es lo mismo matar que violar.

El término “violación” era utilizado por el viejo CP y fue eliminado por el CP de 1995. Sin embargo, volvió a ser introducido de nuevo en la reforma que llevó a cabo la LO 11/1999, de 30 de abril.

La *acción típica* consiste en la realización, con violencia o intimidación, de alguno de los comportamientos descritos: acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por vía vaginal o anal o introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal.

3.1.1. Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal

El acceso carnal es la conjunción sexual entre dos personas mediante una penetración sexual. Ello implica la introducción del órgano sexual masculino, sea del sujeto activo o de la víctima, en alguna de las tres cavidades corporales que se enuncian (vagina, ano o boca). Así, el concepto de acceso carnal incluye tanto las hipótesis en que el sujeto activo penetra como aquellas en que logra ser penetrado (con violencia o intimidación). Al respecto, el TS entiende que “es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”. Esta interpretación proviene del Pleno no Jurisdiccional de 27 de mayo de 2005 y ha sido aplicada en la STS de 13 de diciembre de 2006, que condenó como autores de violación a unos travestidos que maniataron a un joven y le realizaron contra su voluntad una felación hasta lograr que eyaculara.

En el supuesto que consiste en que el sujeto activo sea penetrado, el sujeto activo puede ser tanto un hombre –que logra que un hombre le penetre por la cavidad anal o bucal– como una mujer –que logra que un hombre la penetre por la cavidad vaginal, anal o bucal–. (En relación al CP anterior algunos autores mantenían que solo el hombre podía ser sujeto activo del delito de violación. Por el contrario, otro

sector doctrinal y la Fiscalía del Estado, en su circular 2/1990 mantuvieron que la mujer también podía ser sujeto activo del delito de violación).

Sin embargo, algunos autores dicen que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas de penetración, alegando que la erección del pene es difícilmente obtenible en esta situación de violencia o intimidación. Como señala Díez Ripollés, no cabe alegar que la erección del pene sea difícilmente obtenible porque no puede excluirse el efecto fisiológico en hipótesis en que concurra intimidación e incluso violencia. Muñoz Conde dice que la mujer se puede introducir, con violencia o intimidación, el pene flácido en la boca, pero lo excluye del tipo por no considerarlo grave (aunque no lo dice expresamente, se supone que esta conducta la reconduce al art. 178). Sin embargo, en estos casos, a mi juicio con razón, el TS aplica el art. 179.

No es preciso que la penetración sea completa, ni prolongada, ni que desde luego haya eyaculación del semen en el interior de la vagina, boca o ano.

Quedan fuera de la agravación del art. 179 CP las conductas en las que la lengua entra en contacto con el miembro viril, sin que éste llegue a introducirse en la cavidad bucal (estas conductas se castigan por medio de la aplicación del art. 178 CP).

3.1.2. Introducción de objetos por vía vaginal o anal

Ha de tratarse de un objeto que posea para el sujeto activo el carácter de sustitutivo real (un vibrador) o simbólico (por ejemplo, una botella) del órgano sexual masculino.

Según Díez Ripollés resulta discutible incluir las hipótesis en que se determina a la propia víctima a introducirse ella misma miembros corporales u objetos por la vagina o el ano (estos supuestos los reconduce al art. 178).

Si se trata de un objeto peligroso (por ejemplo, una botella de cristal) se deberá aplicar el tipo agravado del art. 180.1.5°.

También se puede considerar a los animales como “objetos” a efectos jurídicos (en el acceso carnal debe haber una relación interpersonal, pero no en la introducción de objetos).

3.1.3. Introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal

La polémica suscitada cuando entró en vigor el CP de 1995 acerca de si era un “objeto” el dedo (por ejemplo, la STS de 14 de febrero de 1994 consideró que el dedo no era un “objeto”) o la lengua fue zanjada mediante la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que amplió el comportamiento típico a los supuestos de “introducción de miembros corporales por vía vaginal o anal”.

Quedan fuera del art. 179, debiendo reconducirse al art. 178, los supuestos en los que la lengua o el dedo tienen contacto con la vagina o el ano, sin que lleguen a introducirse en la cavidad vaginal o anal.

3.2. Tipo subjetivo

El dolo en el delito de violación comprenderá la conciencia y voluntad de realizar, con violencia o intimidación, un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o una introducción de objetos o de miembros corporales por la vía vaginal o anal.

La doctrina señala que cuando se trata de una introducción de objetos por alguna de las vías vaginal o anal se debe exigir, además del dolo, un elemento

subjetivo de lo injusto: el ánimo lúbrico, libidinoso o lúbrico. Como señala, Díez Ripollés, la penetración sexual es una acción cuyo contenido objetivo inequívocamente sexual permite ahorrarnos ulteriores exigencias subjetivas. Por el contrario, hay comportamientos cuya significación sexual poco explícita objetivamente (como ocurre con la introducción de objetos) obliga a reforzar el elemento subjetivo a través de la exigencia del ánimo lascivo.

Sin embargo, la jurisprudencia considera que en la modalidad de “introducción de objetos” no es exigible que concurra un ánimo lúbrico, pudiendo apreciarse el delito cuando responda a otros móviles subjetivos, como el de venganza o menosprecio (STS de 25 de julio de 2001).

3.3. Grados de ejecución

El delito quedará consumado con la penetración del órgano genital masculino en las cavidades vaginal, anal o bucal, o con la introducción de objetos o de miembros corporales por alguna de las dos primeras vías.

No es necesario que la introducción del pene en las cavidades señaladas (vaginal, anal o bucal) sea completa, ni prolongada. Tampoco se precisa que haya eyacuación ni la rotura más o menos completa del himen (STS de 20 de julio de 2006).

A pesar de que el TS cree que se trata de un delito de mera actividad (STS de 25 de julio de 2001), considera que es posible la tentativa. La aplica, por ejemplo, cuando el sujeto activo arroja al suelo a la víctima tratando de mantener con ella un acceso carnal, no consiguiéndolo debido a su tenaz resistencia (STS de 30 de septiembre de 2002). También ha sido considerado un supuesto de tentativa acabada (STS de 30 de septiembre de 2002) la falta de penetración debida a la desproporción de órganos.

3.4. Autoría y participación

Un sector doctrinal mantiene que la violación es un delito de propia mano (son delitos de propia mano aquellos en los que solo puede ser autor el que realiza la acción corporal descrita en el tipo objetivo, en este caso, el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros corporales). Por lo tanto, los sujetos que ayudan, utilizando violencia o intimidación, a que otro realice el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros corporales (por ejemplo, sujetan a la víctima mientras otro realiza el acceso carnal) serán cooperadores necesarios.

Por el contrario, otro sector doctrinal mantiene, a mi juicio, con razón, que son autores (coautores) no solo los que realizan la acción descrita en el tipo sino también los que ayuden a estos a realizar tales comportamientos, empleando violencia o intimidación, porque, al emplear fuerza o intimidación, realizan ya un elemento del tipo objetivo: un elemento de la zona periférica (el tipo de este delito consta de un núcleo central, constituido por la conducta de contenido sexual descrita en el tipo, y una zona periférica, que está constituida por el empleo de violencia o intimidación). En estos supuestos se aplicará el tipo agravado del art. 180.1.2.^a, que castiga con una pena mayor cuando los hechos se cometen por la actuación conjunta de dos o más personas. Así opina también la jurisprudencia (STS de 24 de mayo de 1999).

4. Concurso de delitos

Si las conductas de contenido sexual tipificadas en los arts. 178 o 179 se llevan a cabo con violencia, pueden ocasionar a la víctima lesiones. En este caso pueden darse los siguientes supuestos:

a) Si la violencia utilizada para vencer la resistencia de la víctima da lugar a un resultado de los que son reconducibles a una falta de malos tratos –art. 617.2 CP– (en mi opinión, como señala Gracia Martín, la falta de malos tratos es una falta de resultado: se trata de aquellos resultados que no requieran primera asistencia facultativa –por ejemplo, arañazos, moratones...–) debería aplicarse un concurso de leyes a resolver, por el principio de consunción, a favor de la aplicación del delito del art. 178 o 179. Como señala Díez Ripollés, solo las faltas de malos tratos pueden considerarse medios típicos normalmente vinculados a la producción de la instrumentación sexual pretendida, quedando consumidas en el delito correspondiente.

b) Si la violencia da lugar a un resultado de los reconducibles a una falta de lesiones –art. 617.1 CP– (como señala Gracia Martín, la falta de lesiones se aplicará cuando el resultado causado necesite para su curación una primera asistencia facultativa) o a un delito de lesiones (el delito de lesiones del art. 147 se aplica cuando el resultado ocasionado requiere, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico) debería aplicarse un concurso de delitos.

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado con carácter general que en la violación la absorción (art. 8.3ª CP) solo puede producirse en relación a la falta de malos tratos del art. 617.2, de manera que cuando se produce un resultado de lesión (delito o falta) se penará conforme al art. 77 (STS de 2 de marzo de 2001). Sin embargo, en alguna sentencia ha considerado que entre la falta de lesiones y el delito de agresión sexual existe un concurso de leyes (STS de 13 de julio de 2009).

En el caso de las lesiones psíquicas el TS (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 10 de octubre de 2003 y SsTS de 7 de noviembre de 2003 y 20 de abril de 2007) considera que la afectación a la salud psíquica queda ya absorbida por las agresiones sexuales (existe un concurso de leyes, a resolver por el principio de consunción –art. 8.3ª CP–), considerándolas indemnizables como reparación por el delito.

Si la violencia ejercida causa la muerte de la víctima, habrá de aplicarse un concurso ideal entre los delitos de los arts. 178 o 179 y el homicidio o el asesinato (arts. 138 o 139). Si el sujeto activo mata a la víctima después de realizar las conductas tipificadas en los arts. 178 y 179 existirá un concurso real.

Entre los delitos de agresión sexual de los arts. 178 o 179 y los delitos de detenciones ilegales existirá un concurso de leyes, siempre que la detención pueda considerarse el medio típico vinculado a la producción de la instrumentación sexual pretendida. Si no es así, habrá que aplicar un concurso de delitos. Al respecto, la jurisprudencia entiende que la privación de libertad es inherente a la agresión y queda absorbida por esta cuando la detención tiene lugar solo por el tiempo imprescindible para realizar la agresión sexual. Si la detención ilegal excede de este tiempo, se aplica un concurso de delitos (al respecto véase, por ejemplo, la STS de 5 de diciembre de 2005, en la que el TS aplica un concurso de delitos en un supuesto en el que el sujeto activo, antes de proceder a violar a la víctima, rompió el teléfono fijo y la tarjeta de un teléfono móvil, para impedir que la víctima pudiera dar aviso de su situación, y colocó en las puertas un cable y muebles, para así dificultar la

salida de la casa; o la STS de 30 de enero de 2009, en un caso en el que el acusado cerró la puerta de la casa, guardó las llaves y desconectó los teléfonos fijos y móviles).

Por otra parte, dice el TS que en los supuestos de varios atentados a la libertad sexual habrá un solo delito cuando una pluralidad movimientos, de actos, pueden integrar una sola acción típica, lo que ocurrirá si puede inferirse que se trata de un solo impulso lúbrico expresado en breve y estrecha sucesión de momentos (SsTS de 18 de noviembre de 2000 y 6 de febrero de 2001). Es decir, se considera una acción típica, consecuencia de la “unidad natural de la acción”, cuando las diversas penetraciones -vaginal, bucal, anal- se producen en un único marco espacio-temporal (sin solución de continuidad), obedeciendo a un dolo unitario, por un mismo sujeto contra la misma víctima, a semejanza del delito de lesiones, en que los distintos golpes -movimientos corporales- no producen una pluralidad de delitos ni un delito continuado, sin perjuicio de que esa pluralidad de ataques sean tenidos en cuenta al tiempo de individualizar la pena (SsTS de 29 de abril de 1999, 26 de marzo de 2003, 24 de septiembre de 2003 y 29 de septiembre de 2006).

5. El delito continuado

El legislador admite el delito continuado en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, condicionado a la naturaleza del hecho y del precepto infringido, y siempre que las conductas afecten al mismo sujeto pasivo (art. 74.3 CP).

La jurisprudencia, aunque en principio rechaza el delito continuado en el ámbito de las agresiones sexuales (STS de 28 de junio de 1999), ha optado por la continuidad delictiva en casos de pluralidad delictiva en los que existe homogeneidad de los distintos hechos (homogeneidad del contexto situacional) y se desconoce el número de ocasiones, como sucede en los ataques contra menores por padre, abuelo, tíos, etc. (STS de 10 de julio de 2002, 24 de septiembre de 2002 y 26 de marzo de 2003).

Las opiniones en la doctrina están divididas. Los que se oponen a la apreciación del delito continuado suelen destacar el carácter estrictamente individual de la lesión al bien jurídico o la pluralidad de bienes jurídicos personales lesionados en las agresiones sexuales.

6. Los tipos agravados comunes a los arts. 178 y 179 CP (artículo 180)

El art. 180. 1 indica que si se ha llevado a cabo la agresión sexual recogida en el art. 178 concurriendo alguna de las circunstancias a las que seguidamente nos vamos a referir, la pena a imponer será la de prisión de cinco a diez años. Si se trata de la violación del art. 179, la pena será de prisión de doce a quince años.

El art. 180. 2 indica que si concurrieren dos o más de las siguientes circunstancias las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

Estas circunstancias son las siguientes:

1ª.- Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Esta circunstancia supone una mayor gravedad de lo injusto, y concretamente del desvalor del resultado.

Para aplicar esta circunstancia es necesario que el ataque sexual represente un *plus* de lesión a la dignidad personal de la víctima. La característica general de esta circunstancia es la humillación, el menoscabo de la dignidad de la víctima. En este supuesto el autor persigue, junto a la satisfacción de sus deseos eróticos, humillar, rebajar, vejar a la víctima.

Como ha señalado el TS (sentencia de 4 de abril de 2001) lo que se sanciona es el plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menoscabo a la dignidad de la víctima.

Entre el art. 173.1 –delito de tratos degradantes– y el art. 180.1.1.^a existe un concurso de leyes a resolver, por aplicación del principio de especialidad, a favor del art. 180.1.1.^a. Al respecto, señala la jurisprudencia que en general se apreciará este subtipo agravado, desplazando el art. 173, cuando superando el maltrato que en sí supone la agresión sexual, se humilla, veja, con un comportamiento brutal, cruel (STS de 26 de marzo de 2003). Si bien ni siquiera es aplicable este subtipo agravado, sino el básico, cuando los actos no rebasan los propios de la agresión sexual, por ejemplo, restregar los genitales por la cara de la víctima y meter el dedo en su vagina (STS de 28 de marzo de 2001). Para su aplicación es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación (SsTS de 16 de octubre de 2002 y 27 de septiembre de 2006).

La redacción puede hacer pensar que el carácter degradante o vejatorio va referido a la violencia o intimidación ejercidas, es decir, a los medios comisivos. Si así se interpretara, en los supuestos en que la violencia ejercida por el agente no tuviera un carácter degradante en sí, pero sí lo tuviera el acto sexual no podría aplicarse esta circunstancia, aunque podría aplicarse el delito del art. 173.1 en concurso ideal con el delito de agresión sexual del art. 178 o 179. Sin embargo, con esta interpretación la aplicación de la agravante quedaría muy limitada.

La jurisprudencia ha considerado en algunas sentencias que el carácter particularmente degradante o vejatorio debe predicarse de la violencia o intimidación presente en la agresión, pero no propiamente respecto de los actos sexuales realizados en cualquiera de sus modalidades o variaciones, es decir, el plus de antijuridicidad que conlleva el subtipo agravado se refiere a la funcionalidad de los sustantivos “violencia” o “intimidación” (SsTS de 28 de marzo de 2001 y 27 de septiembre de 2006). Sin embargo, en otras sentencias ha considerado que el carácter particularmente degradante o vejatorio va referido a todo el desarrollo del acto sexual, y no solo a los concretos modos o medios comisivos (a la violencia o intimidación ejercidas). Así, por ejemplo, la agravación se ha aplicado en un supuesto en el que los dos acusados penetraron simultáneamente anal y vaginalmente a la víctima (STS de 9 de octubre de 2009). También constituye un supuesto de agravación, defecar y orinar sobre la víctima (STS de 5 de julio de 2000).

2ª.- Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Esta circunstancia supone una mayor gravedad de lo injusto y concretamente del desvalor de la acción. Su fundamento radica en el aseguramiento de la ejecución por parte del sujeto activo, dada la mayor dificultad de resistencia de la víctima a la acción violenta o intimidatoria debido a la intervención de dos o más personas.

El problema que plantea esta circunstancia es la clase de colaboración que se debe exigir a los intervinientes.

Un sector doctrinal considera que para aplicar esta circunstancia los sujetos intervinientes han de ser coautores. Ha de tratarse de dos o más las personas que intervengan en una actuación conjunta “en la ejecución” de la agresión sexual o de la violación. No basta, por lo tanto, para aplicar esta circunstancia que el autor se vea meramente auxiliado para ejecutar el hecho por dos o más personas y que estas personas intervengan a título de meros cooperadores necesarios o a título de meros cómplices. Si el sujeto activo es auxiliado por un cooperador necesario o un cómplice podría, eso sí, aplicarse la circunstancia agravante del art. 22. 2.^a (auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente).

Por el contrario, otro sector doctrinal considera que este tipo agravado puede aplicarse también cuando los sujetos intervinientes no son coautores. Así, por ejemplo, Díez Ripollés señala que “la actuación conjunta” a la que se refiere el art. 180.1.2.^a (el art. 22.2.^a habla, en cambio, de “auxilio”) no está limitada a conductas de coautoría, pudiendo computarse conductas de participación como la cooperación necesaria, la complicidad y la inducción.

3^a.- Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

Esta circunstancia supone un mayor desvalor de lo injusto y, concretamente, un mayor desvalor de la acción.

La especial vulnerabilidad de la víctima tiene que ser conocida y abarcada por el autor (STS de 22 de marzo de 2006).

Si se trata de menores de 13 años hay que aplicar el art. 183 CP.

No basta con que la vulnerabilidad de la víctima sea normal, es necesario que la víctima sea “especialmente vulnerable”, expresión que dota a la circunstancia de contornos bastante imprecisos. Será el Juez o Tribunal quien decida cuando la vulnerabilidad de una persona deja de ser normal para convertirse en especial. Por otra parte, no hay que olvidar que debe haber un cierto grado de violencia o intimidación para vencer la resistencia de la persona especialmente vulnerable pues, de lo contrario, el hecho constituirá un abuso sexual. Se podrá aplicar esta circunstancia cuando la víctima por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, facilite al sujeto activo el ataque contra la libertad sexual por no poder contraponer una normal resistencia. Así, se ha aplicado este tipo agravado cuando la víctima está próxima a cumplir noventa años (STS de 8 de marzo de 2002, cuando tiene una minusvalía física (STS de 24 de marzo de 2006) o cuando la víctima sufre síndrome de Down (STS de 13 de octubre de 2004).

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que es compatible la circunstancia 3.^a del art. 180.1 con la 4.^a, esto es, la especial vulnerabilidad por tener 78 años la víctima, con el parentesco –ser suegra– (STS de 12 de febrero de 2004).

4^a.- Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza por adopción, o afines, con la víctima.

Esta circunstancia supone un mayor desvalor de lo injusto y concretamente un mayor desvalor de la acción.

No olvidemos que tanto en la agresión sexual del art. 178 como en la violación del art. 179 deben concurrir siempre la violencia o la intimidación. Esta circunstancia se aplica cuando, además de emplearse la imprescindible violencia o la intimidación, el sujeto activo se prevale de su relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza por adopción, o afines, con la víctima.

Este tipo agravado requiere para su aplicación la relación parental descrita en el precepto, el conocimiento de su existencia y que el autor se aproveche de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad derivada de la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental (STS de 26 de junio de 2000). Es aplicable cuando el sujeto se aprovecha de su condición de pariente de la víctima para acceder a ésta (STS de 23 de abril de 2001).

Posiblemente hubiese sido más correcto que el Código penal se refiriera sin más, a la existencia de una relación de parentesco entre el sujeto activo y pasivo, sin aludir al “prevalimiento” de dicha relación. Al respecto señala Díez Ripollés que el prevalimiento queda consumido por la utilización de intimidación y, por supuesto, por la violencia, lo que cierra toda posible aplicación efectiva; de lo contrario se violaría el principio *non bis in idem*.

Si se trata de alguno de los parientes a los que hace referencia el artículo 192 no habrá que aplicar la agravación contenida en este artículo porque esta circunstancia ya ha sido contemplada en el art. 180.1.4.^a.

5^a.- Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Esta agravación exige no solo una peligrosidad objetiva del instrumento empleado, sino también un uso capaz de crear graves riesgos para la vida o la integridad física. La estructura típica de este tipo agravado es, por tanto, la de un delito de peligro concreto para la vida o la integridad corporal o la salud.

Atendiendo a este fundamento, las armas fingidas o de juguete no pueden estar aquí comprendidas en el tipo, ya que no son susceptibles de producir la muerte o las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 (si se trata de un arma de juguete con aspecto real será un medio adecuado para intimidar, por lo que podrá aplicarse el tipo básico). Este criterio es también seguido por la jurisprudencia en relación con el tipo agravado del delito de robo relativo al uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos del art. 242.3 CP (STS de 13 de septiembre de 2002).

Es necesario que el autor utilice (“haga uso”) de las armas (pueden ser armas blancas o de fuego) o de otros medios igualmente peligrosos. No basta, por ejemplo, para aplicar esta circunstancia que el autor porte en su bolsillo un arma o un medio igualmente peligroso.

Desde luego, se usa el arma si se utiliza el arma para el fin para el que está destinada (si es un arma de fuego se dispara con ella, si es un arma blanca se clava...). El problema que se plantea es si la mera exhibición constituye ya un “uso del arma”. Al respecto la jurisprudencia considera que la mera exhibición no es suficiente para aplicar este tipo agravado, por lo que en estos supuestos procede

aplicar el tipo básico. Dice el TS que este tipo agravado establecido por el legislador para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con intimidación sino con el uso de violencia (STS de 25 de abril de 2001), destaca con su penalidad un plus de antijuridicidad de la acción que tiene su fundamento en el peligro de sufrir lesiones graves o incluso la muerte por el uso de tales armas (SsTS de 29 de abril de 2002 y 29 de septiembre de 2006). Para evitar que la apreciación automática de la circunstancia, por su implicación en la intimidación, vulnere el principio *ne bis in idem* lo determinante no es sólo la existencia del instrumento sino el uso que se haga del mismo, de forma que la mera exhibición no es suficiente (STS de 28 de abril de 2003, 7 de febrero de 2006 y 9 de diciembre de 2009), exigiéndose la apreciación de un peligro especialmente relevante (STS de 16 de octubre de 2002). Sin embargo, hay que señalar que, en relación al tipo agravado del delito de robo con violencia del art. 242.3 relativo al uso de armas u otros instrumentos igualmente peligrosos la jurisprudencia ha aplicado el tipo agravado en supuestos de mera exhibición del arma (STS de 16 de junio de 2009).

En mi opinión, dado que también es posible intimidar sin armas y es más grave hacerlo con ellas, habría que aplicar el tipo básico en los supuestos en los que se intimida sin armas y el tipo agravado tanto en los supuestos en los que se intimida con armas (se exhibe el arma) como en aquellos en los que se usa el arma para el fin a que va destinada (p.e., se dispara la pistola o se clava el cuchillo). En este último caso, claro está, habrá que acudir, si se ocasiona un resultado lesivo, al correspondiente concurso de delitos.

Eso sí, a mi juicio, en los supuestos en los que se intimida con armas (exhibiéndolas) se debería aplicar el tipo agravado solo si se da su fundamento: el peligro para la integridad física o la vida de la víctima. Así, por ejemplo, si se exhibe el arma a mucha distancia de la víctima no habría que aplicar el tipo agravado, sino el tipo básico.

Por otra parte, en el caso de que con el uso de las armas u otros instrumentos igualmente peligrosos se ocasionen lesiones o la muerte de la víctima, se plantea la cuestión de si el concurso de delitos se da entre el correspondiente delito de lesiones o el homicidio y el tipo agravado del art. 180.1.5.^a o entre el delito de lesiones o el homicidio y el tipo básico del art. 178 o 179.

Al respecto señala la jurisprudencia que en el caso de que se produjera un resultado lesivo, éste absorbería el presente subtipo, debiendo, entonces, acudirse al concurso entre el tipo básico contra la libertad sexual y el de lesiones (STS de 25 de abril de 2001). No obstante, el ATS de 21 de septiembre de 2006 aplica concurso entre este subtipo agravado y homicidio.

Por su parte, en la doctrina algunos autores (Muñoz Conde) consideran que en los supuestos en que el uso de armas ocasione lesiones o la muerte hay que aplicar un concurso de delitos entre el art. 180.1.5.^a y el correspondiente delito de lesiones o de homicidio, mientras que otros (Higuera Guimerá) consideran que en este supuesto se debe aplicar el tipo básico (art. 178 o 179), argumentando que si el peligro (fundamento del tipo agravado) se ha materializado ya en un resultado concreto, el correspondiente delito de lesión deberá entrar en concurso con el tipo básico, donde ya no se exige la puesta en peligro de la integridad física y la vida.

A mi juicio, si con el uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos se produce alguna lesión a la víctima, el concurso de delitos existente se debe aplicar entre el delito de lesiones y el tipo agravado del art. 180.1.5.^o, puesto que sigue

dándose el fundamento del tipo agravado: aunque el peligro se ha materializado en una lesión, se podrá aplicar el tipo agravado si ha existido un peligro para la vida. Por el contrario, si con el uso del arma se causa la muerte de la víctima habrá que aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico de agresión sexual (arts. 178 o 179) y el delito de homicidio o asesinato (arts. 138 o 139), porque en este supuesto ya no se da el fundamento del tipo agravado: ya no hay peligro para la vida, sino una lesión de esta (el peligro queda consumido por la lesión).

IV. LOS ABUSOS SEXUALES

Las diferentes figuras delictivas de abusos sexuales están recogidas en el capítulo II del Título VIII, en los artículos 181 y 182 CP. El abuso sexual es un acto que atenta contra la libertad sexual de otra persona sin la utilización de violencia o intimidación y sin mediar un consentimiento válido. Como ya hemos señalado, los abusos sexuales son, como las agresiones sexuales, ataques contra la libertad sexual en los que no hay un consentimiento válido para excluir el tipo (o no hay consentimiento o hay un consentimiento aparente que está viciado y, por tanto, es inválido).

Por tanto, el rasgo que permite distinguir a los abusos sexuales y diferenciarlo de las agresiones sexuales es la ausencia de violencia o intimidación (las conductas sexuales propias de unos y otros son las mismas y en ambos casos no hay un consentimiento jurídicamente válido). La distinción se establece, por tanto, a través de los modos de ejecución que acompañan y cualifican al hecho sexual.

Al respecto señala la jurisprudencia (SsTS de 15 de diciembre de 200 y 13 de septiembre de 2002 y SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2010) que el abuso sexual es una conducta en que el atentado a la libertad sexual se produce por la mera falta de consentimiento de la víctima, sin concurrir violencia e intimidación. El delito de abuso sexual se caracteriza por el elemento negativo de la falta de violencia e intimidación y por el elemento negativo de ausencia de consentimiento de la víctima, como libre ejercicio de la libertad sexual.

En cuanto a la *sistematización de las figuras delictivas*, existen cuatro modalidades de abuso sexual, tres de ellas se contienen en el art. 181 y otra en el art. 182. En el art. 181 se distingue entre abusos sexuales en los que no existe consentimiento, abusos sexuales en los que la víctima se halla privada de sentido o el sujeto ha abusado de su trastorno mental o ha anulado su voluntad y abusos sexuales en los que el sujeto activo se ha prevalido de una relación de superioridad.

El *error sobre el consentimiento* es un error sobre un elemento del tipo (art. 14.1 CP). Si es invencible la conducta será impune y si es vencible también, puesto que no está prevista por el legislador la comisión imprudente.

En opinión de la doctrina, el *tipo subjetivo* está integrado por el dolo y, además, por un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo: el ánimo lúbrico, libidinoso o lujurioso (el ánimo de satisfacer el impulso sexual propio o ajeno). Sin embargo, la jurisprudencia en unas ocasiones exige el ánimo libidinoso en los abusos sexuales (SsTS de 15 de diciembre de 200 y 13 de septiembre de 2002 y SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2010) y otras (STS de 14 de septiembre de 2000) no lo exige.

1. Abusos sexuales en los que no hay consentimiento (arts. 181.1, 4 y 5)

El *tipo básico* se contiene en el art. 181. 1 CP: "*El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*".

En el art. 181.4 se contiene el *tipo agravado*: "Si el citado abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías la pena es de prisión de cuatro a diez años".

Por su parte el art. 181.5 recoge un tipo agravado de los dos anteriores (las penas se imponen en su mitad superior) si concurre la circunstancia 3ª (supuestos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación) o 4ª (supuestos en los que, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de su relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima) del artículo 180.

El *comportamiento típico* consiste en realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona que no consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, sin violencia ni intimidación y sin consentimiento de la víctima.

Por lo tanto, las conductas de contenido sexual son las mismas que se incluyen en el art. 178; la única diferencia es que las del art. 181.1 son realizadas sin violencia o intimidación.

Según la doctrina, faltará el consentimiento cuando al sujeto pasivo no se le haya dado oportunidad de pronunciarse (el sujeto activo realiza tocamientos sorpresivos) o haya expresado su negativa. Así, Díez Ripollés incluye en el art. 181.1 CP:

- Conductas en las que la víctima manifiesta una simple oposición. Ejemplo: supuestos de incapacidad física de resistencia (inmovilización por accidente, tetraplejía, etc.).
- Conductas en las que la víctima se abstiene de pronunciarse en cualquier sentido: realizadas sin el consentimiento pero sin que se haya formulado, teniendo ocasión para ello, su oposición.
- Conductas realizadas sin dar a la víctima la oportunidad de manifestar su voluntad (conductas sorpresivas).

Sin embargo, el TS (STS de 12 de diciembre de 2002) en supuestos de relaciones no queridas sin que concurra violencia o intimidación (la mujer no se resiste para que no enteren sus hijos) no aplica el abuso sexual no consentido (art. 181.1) sino el abuso sexual por prevalimiento (art. 181.3). En opinión del TS, el art. 181.1 debe quedar reservado para casos prácticamente residuales entre los que se encontrarían los atentados contra la libertad sexual perpetrados furtivamente o aprovechando el descuido o la confianza del sujeto pasivo (en la sentencia anteriormente citada el TS anula la SAP de Oviedo de 17 de mayo de 2001, en la que se había aplicado el art. 181.1).

Por otra parte, la doctrina considera que las conductas sorprendidas que pueden incluirse en el tipo básico (tocamientos sorprendidos) deberían estar, dado su escaso menoscabo a la libertad sexual, entre las faltas (en especial la de vejación injusta del art. 620.2 CP).

El sujeto activo no ha de tener intención de realizar un acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, puesto que, si así fuera, estaríamos ante una tentativa del art. 181.4 CP (abusos sexuales no consentidos que consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías).

2. Abusos sexuales sobre personas privadas de sentido o abusando de su trastorno mental, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto (artículo 181. 2, 4 y 5 CP)

El tipo básico se recoge en el art. 181.2: “A los efectos del apartado anterior, se considerarán abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

El tipo agravado se regula en el art. 181.4: “Si el citado abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías la pena es de prisión de cuatro a diez años”.

Por su parte el art. 181.5 recoge un tipo agravado de los dos anteriores (las penas se imponen en su mitad superior) si concurre la circunstancia 3ª o 4ª del artículo 180.

El legislador ha considerado que en estos supuestos el consentimiento no es válido. Al respecto ha señalado la jurisprudencia (SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2011) que “las condiciones para que el consentimiento sea eficaz no están establecidas en la Ley y que la doctrina las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo. A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa, que debe ser establecida según los criterios sociales que rijan al respecto, habiendo establecido el Legislador en el art. 181.2 la presunción *Iuris et de iure* de la falta de consentimiento, por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad de acción exigibles”.

2.1. Abusos sexuales sobre personas que se hallen privadas de sentido

Se halla privada de sentido la víctima que no puede consentir por falta de conciencia: está durmiendo (SsTS de 23 de enero de 2004 y 29 de enero de 2009), en coma, desmayada, hipnotizada, anestesiada, narcotizada o embriagada (cuando reviste carácter comatoso o letárgico con pérdida temporal de la conciencia o cuando la embriaguez es plena con abolición de las facultades anímicas).

Sin embargo, la jurisprudencia (SsTS de 23 de enero de 2004, 15 de febrero de 2005, 14 de octubre de 2005 y 28 de septiembre de 2009 y SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2011) ha considerado que la expresión “privada de sentido” no exige

que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, sino que se pueden integrar aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios. Así, la STS de 28 de julio de 2009 señala que si bien es cierto que la referencia legal se centra en la privación de sentido, no se quiere decir con ello que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, pues dentro de esta expresión del tipo legal se pueden integrar también aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerte a los requerimientos sexuales, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios y precisa que la correcta interpretación del término “privada de sentido” exige contemplar también aquellos supuestos en que la pérdida de conciencia no es total pero que afecta de manera intensa a la capacidad de reacción activa frente a las fuerzas externas que pretenden aprovecharse de su debilidad. Los estados de aletargamiento pueden originar una momentánea pérdida de los frenos inhibitorios que desemboca en una anulación de sus facultades intelectuales y volitivas y de los frenos inhibitorios, quedando sin capacidad de decisión y de obrar según su voluntad, esto es privada de cualquier capacidad de reacción frente al abuso sexual.

Eso sí, en algunas sentencias (STS de 27 de septiembre de 2000) el TS ha aplicado la modalidad relativa al “abuso de una situación de superioridad manifiesta” (art. 181.3 y 4) en casos en los que la víctima se halla bajo una influencia notable del alcohol o las drogas sin haber llegado a perder el sentido”.

Tras la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 los supuestos en los que el sujeto activo consigue que la víctima tome sin que entere (por ejemplo, echándosela a la bebida) algún tipo de droga, como la burundanga (también llamada escopolamina) que anule la memoria y la incapacite para decidir y obrar según su voluntad, que antes se castigaban mediante este inciso (SAP de Huelva de 23 de noviembre de 2010) tendrán que ser castigados mediante el nuevo inciso relativo a los abusos que se cometen “anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”.

2.2. Abusos sexuales sobre personas de cuyo trastorno mental se abusa

En este caso el sujeto activo se aprovecha de la situación de inferioridad psíquica en que se encuentra la víctima dados los déficits cognitivos y/o volitivos que padece.

Por trastorno mental habrá que entender anomalías o alteraciones psíquicas que afecten directa o indirectamente a aspectos cognitivos o volitivos que incidan en el comportamiento (cabén dentro de este supuesto tanto las enfermedades mentales como los trastornos mentales transitorios).

Es necesario, además, que el trastorno mental impida a la víctima comprender y valorar el significado de las prácticas de naturaleza sexual. Si se demuestra que el sujeto podía autodeterminarse libremente, la presunción inicial relativa a la invalidez del consentimiento queda desvirtuada. Por tanto, solo si el sujeto pasivo es incapaz o tiene una capacidad limitada para comprender la naturaleza o el significado social de los comportamientos sexuales o de actuar conforme a esa comprensión se considera que existe un abuso sexual. Si el sujeto tiene una anomalía psíquica o trastorno mental transitorio que no le impide entender el significado de la conducta de naturaleza sexual no habría abuso sexual.

Resulta imprescindible, claro está, que, en estos supuestos, el juez disponga de un dictamen de peritos, es decir, de médicos especialistas en Psiquiatría.

No basta, sin embargo, con que el sujeto pasivo padezca un trastorno mental en los términos expresados; será preciso que el sujeto activo abuse de este trastorno con el fin de realizar un acto de contenido sexual. Es decir, es necesario que el sujeto activo se aproveche de que alguien sufre una anomalía o alteración psíquica que le incapacita para captar el significado y el alcance del acto de índole sexual. Supone, por tanto, un prevalimiento, una explotación del trastorno mental que padece el sujeto pasivo para utilizarlo sexualmente.

Con esta exigencia de “abusar del trastorno mental” se está dejando abierta la posibilidad a las relaciones sexuales con incapaces, que se permiten siempre que no se dé la situación de *abuso* de esa incapacidad.

El dolo abarcará la conciencia del aprovechamiento del trastorno mental.

2.3. Abusos sexuales cometidos anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto

Este inciso fue introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio.

En mi opinión, esta previsión pretende abarcar los supuestos en los que el sujeto activo consigue que la víctima ingiera la sustancia (con su consentimiento o no) que anula su voluntad. En los supuestos en los que la víctima se encuentra ya en una situación en la que su voluntad está anulada sin que haya intervenido el sujeto activo (situaciones en las que la anulación de la voluntad hubiera sido ocasionada por la propia víctima o por un tercero no vinculado al autor y éste se hubiera aprovechado *a posteriori*) debería seguir aplicándose (como venía haciendo la jurisprudencia antes de la reforma) el inciso relativo a los abusos sexuales realizados sobre personas “privadas de sentido” (art. 181.2 y 4) o el inciso relativo al “abuso de una situación de superioridad manifiesta” (art. 181.3 y 4).

Por lo tanto, es necesario analizar los supuestos en los que el sujeto activo logra que la víctima ingiera la sustancia involuntariamente y aquellos otros en los que la víctima toma la sustancia voluntariamente, aunque por iniciativa del sujeto activo.

A mi juicio, los *supuestos en los que el sujeto logra anular la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia similar sin que la víctima se entere* (por ejemplo, el sujeto activo echa burundanga en la bebida de la víctima –es una droga que tiene el poder de suprimir la voluntad y hace perder la memoria de todo lo que sucede durante el tiempo que dura su efecto–) no deberían ser considerados abuso sexual sino agresión sexual. Creo que el tipo de abuso sexual debería reservarse para los supuestos en los que existe un consentimiento viciado, inválido jurídicamente, que no ha sido obtenido con la intervención del sujeto pasivo (supuestos en los que la víctima se encuentra ya privada de sentido, supuestos en los que el sujeto activo abusa del trastorno mental de la víctima o de su edad y supuestos en los que hay un prevalimiento de una situación de superioridad), reconduciendo a la agresión sexual todos los supuestos en los que el sujeto activo logra doblegar la voluntad de la víctima: mediante el uso de fuerza, intimidación o cualquier otro medio que sirva para anular la voluntad de la víctima.

En estos supuestos de anulación de la voluntad de la víctima consiguiendo que ingiera determinadas sustancias sin que se entere, es mayor el desvalor de lo injusto,

en concreto el desvalor de la acción, porque el sujeto elige un medio que le asegura la ejecución y evita los riesgos procedentes de la defensa de la víctima. Podríamos decir, que es un medio “alevoso”, como lo es el veneno para matar. Sin embargo, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no se aplica esta agravante porque en nuestro código esta circunstancia se aplica solo en el ámbito de los “delitos contra las personas” que, tanto la jurisprudencia (STS de 30 de junio de 1997) como la mayoría de la doctrina entienden que son los delitos contra la vida y la integridad física y la salud. Además, aunque se quisiera incluir dentro de los delitos contra las personas a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, no se lograría elevar la pena, puesto que únicamente se podría aplicar la pena en la mitad superior.

En los *supuestos en que el sujeto suministra a la víctima fármacos con su consentimiento*, considera Muñoz Conde que sólo podrá darse el tipo del art. 181.2 si el acto sexual ha sido expresamente rechazado antes de tomar la sustancia. Por el contrario, en mi opinión, se daría el tipo tanto en los supuestos en los que la víctima ha rechazado expresamente el acto sexual antes de tomar la sustancia como en los que no lo ha hecho pero no hay ningún acto concluyente que determine que existe un consentimiento tácito (como hemos señalado, la mayoría de la doctrina considera que en los delitos sexuales el consentimiento tácito destipifica el hecho; lo que la mayoría de los autores no admiten es el consentimiento presunto).

3. Abusos sexuales prevaleciendo de una situación de superioridad manifiesta (art. 181.3, 4 y 5)

El art. 181.3 CP se recoge el tipo básico: "*La misma pena (la del art. 181.1) se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*".

El *tipo agravado* se regula en el art. 181.4: "*Si el citado abuso sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías la pena es de prisión de cuatro a diez años*".

Por su parte el art. 181.5 recoge un tipo agravado de los dos anteriores (las penas se imponen en su mitad superior) si concurre la circunstancia 3ª o 4ª del artículo 180.

Como ya hemos señalado, en los abusos sexuales en los que el sujeto activo se prevalece de una situación de superioridad manifiesta, la víctima aparentemente consiente, pero, el consentimiento emitido o prestado que se obtiene está viciado por la circunstancia condicionante derivada de una situación de superioridad manifiesta. En este caso se produce una disminución de la libertad sexual de la víctima, que queda coartada.

El Código penal de 1995, a diferencia del anterior Código penal (que exigía que la víctima tuviera más de doce años y menos de dieciocho), para los abusos sexuales por prevalimiento no fija un límite de edad en el sujeto pasivo, por lo que toda persona que tenga trece años o más (si es menor de 13 años se aplicará el art. 183) va a poder ser sujeto pasivo de un abuso sexual de esta clase. La razón de este cambio se debe a que pueden darse, en relación con personas de una cierta edad (adultas) situaciones de prevalimiento graves que pudieran utilizarse por el sujeto activo para llevar a cabo su actuación sexual.

Para que pueda darse esta figura delictiva es necesario que exista una situación de *superioridad manifiesta* a favor del sujeto activo, que le reporte una ventaja para

realizar su actividad sexual. Así, el TS ha negado la existencia de delito en el caso de un profesor de cuarenta y cinco años que mantuvo relaciones sexuales con una alumna de dieciséis, madura y “con un destacado nivel de conocimientos sexuales” (STS de 24 de junio de 2004).

Los ámbitos sociales en que tales situaciones pueden originarse pueden ser muy variados. Doctrina y jurisprudencia mencionan los ámbitos familiar, laboral, terapéutico, jerárquico, de vecindad o amistad y la diferencia de edad, siempre, claro está, que el sujeto pasivo tenga trece años o más (SsTS de 16 de mayo de 2000, 24 de junio de 2004, 29 de marzo de 2005, 23 de junio de 2009, 5 de noviembre de 2009).

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, en ocasiones la jurisprudencia ha aplicado esta modalidad típica en aquellos casos en los que la víctima se halla bajo una influencia notable del alcohol o las drogas sin haber llegado a perder el sentido o en supuestos de debilidad mental moderada o leve. En cambio, el Tribunal Supremo niega la existencia de prevalimiento cuando la víctima ha consumido alcohol, pero este solo ha provocado un ligero aturdimiento (STS de 27 de septiembre de 2000).

En cuanto al *tipo subjetivo*, no basta con la existencia de una real situación de superioridad del sujeto activo respecto al pasivo. Es necesario, además, que el sujeto activo explote esta superioridad con el fin de lograr la aquiescencia de la víctima, esto es, se ha de aprovechar, prevalerse de su superioridad. El dolo abarcará, por tanto, no solo la idea de llevar a cabo la práctica sexual típica (consistente en un atentado contra la libertad sexual que no consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o por alguna de las dos primeras vías), sino también la conciencia de su situación de superioridad y el aprovechamiento consciente de esta. Además del dolo, se exige un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo: el ánimo lascivo, libidinoso o lujurioso.

4. Abusos sexuales interviniendo engaño (artículo 182 CP)

El tipo básico se contiene en el art. 182. 1: "*El que, interviniendo engaño, realizare actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años o multa de doce a veinticuatro meses*".

El art. 182.2 CP contiene un tipo agravado que se aplica cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías (la pena es la de prisión de dos a seis años). Esta pena se impone en su mitad superior si concurre la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el art. 180.1 CP (este tipo agravado se refiere, por tanto, solo al tipo agravado anterior, no al tipo básico).

Estamos ante una modalidad delictiva, limitada a las hipótesis en que la víctima haya cumplido los trece años y todavía no haya cumplido los 16, en la que concurre el aparente consentimiento del sujeto pasivo para la realización del comportamiento sexual propuesto por el autor, pero el legislador considera que se trata de un consentimiento viciado, dado que se presta por la víctima desconociendo o representándose erróneamente aspectos sustanciales del comportamiento al que consiente.

Se recoge aquí el antiguo “delito de estupro mediante engaño”, que protegía a la mujer del “seductor desalmado” (se aplicaba el tipo en supuestos en los que el sujeto activo había prometido casarse o había fingido que estaba soltero cuando en

realidad estaba casado) y ello a pesar de que la mayoría de la doctrina propugnó su desaparición, dado que este tipo delictivo había quedado privado de contenido sociológico (aumento de las relaciones prematrimoniales, adelantamiento de las primeras experiencias de carácter sexual...). Este sector doctrinal consideraba que los jóvenes entre los trece y los dieciséis años, en una situación psicológica y educativa normal, no llegan a realizar (prácticamente nunca o casi nunca) las conductas típicas por seducción o engaño, lo que explica la escasez de sentencias al respecto.

Es necesario que el engaño, que estará constituido por las manifestaciones, comportamientos o signos que suscitan una representación equivocada de la realidad de la víctima, revista gravedad, es decir, que tenga suficiente magnitud para inducir a error al sujeto pasivo, y que sea eficaz, es decir, que induzca a error al sujeto pasivo y le decida a realizar la correspondiente conducta sexual. Por tanto, el sujeto pasivo debe ser efectivamente engañado. Si la víctima se percatara del engaño y, no obstante, realiza la práctica sexual con su pretendido seductor, no existe engaño y, consecuentemente, no se da esta figura delictiva. La conducta sexual llevada a cabo ha de ser consecuencia causal del engaño, como se deriva de la expresión “interviniendo engaño”.

La Audiencia Provincial de Murcia (sentencia de 6 de julio de 2011) aplicó este tipo delictivo en un caso en el que el sujeto activo practica repetida y consentidamente el coito vaginal con niña de 14 años, a la que conoció en un chat, bajo falsa promesa de casarse con ella y acogerla si quedaba embarazada. También fue aplicado (SAP de Guadalajara de 29 de noviembre de 2011) en un supuesto en el que el acusado, a través de messenger y haciéndose pasar por presidente del club de fans de una serie televisiva de éxito contactó con la víctima, de trece años y cuatro meses, y le ofreció ser miembro del club de fans o salir en algún capítulo de la serie a cambio de desnudarse ante la webcam.

Como ha señalado la doctrina, este tipo podría suprimirse, puesto que las conductas más graves podrían reconducirse al abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 y 4), en la medida en que la edad y las circunstancias del sujeto pasivo determinen una auténtica inferioridad respecto al sujeto activo, o a la corrupción de menores (art. 189.4 CP).

V. ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS

1. Introducción

Como ya hemos señalado, la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha incorporado un nuevo capítulo II bis relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, que comprende los arts. 183 y 183 bis, dotando a estos supuestos de un tratamiento autónomo, como consecuencia de la alarma social y de la repercusión mediática que presentan los casos de pederastia. Antes de la reforma, las agresiones sexuales a menores de tres años se tipificaban como un tipo agravado (art. 180) y los abusos sexuales a menores de trece años se consideraban abusos sexuales “no consentidos” (se tipificaban junto a los que se ejecutaban sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare).

La incorporación de este nuevo capítulo es consecuencia, dice la exposición de motivos de la LO 5/2010 de la necesidad de trasponer a nuestro ordenamiento

jurídico la Decisión Marco de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

En los delitos recogidos en este capítulo el *bien jurídico protegido* es la *indemnidad sexual*, puesto que, como ya hemos señalado, los menores no tienen libertad sexual. Con la tutela de este bien jurídico se trata de preservar a los menores de ciertas influencias negativas en su proceso de formación para que en el futuro, cuando sean mayores de edad, puedan decidir en libertad sus comportamientos sexuales, asegurando un adecuado y normal desarrollo de la personalidad del menor y un futuro equilibrio psíquico. El legislador entiende que se produce un atentado a la indemnidad sexual del menor siempre que se lleva a cabo con él cualquier acto de naturaleza sexual o se le involucra en una actividad o contexto sexual, sin que a tales efectos importe su aparente consentimiento. En el caso de los abusos sexuales a los menores de 13 años, el CP establece una previsión "iuris et de iure" sobre la ausencia de consentimiento. El legislador ha establecido la edad de 13 años como el momento en el que el consentimiento sexual se considera válido en el ámbito de las agresiones y abusos sexuales.

Encontramos en este nuevo capítulo tres tipos delictivos: el abuso sexual (art. 183.1 y 3, primer inciso), la agresión sexual (art. 183.2 y 3, segundo inciso), ambos delitos con su correspondientes cualificaciones (art. 183. 4 y 5) y, por otro lado, un nuevo delito donde se tipifica la conducta de contactar con un menor a través de medios telemáticos (art. 183 bis).

2. El artículo 183 CP

2.1. Abusos sexuales a menores de trece años

En el *art. 183.1* encontramos el *tipo básico de abuso sexual* a un menor de trece años. La conducta se describe como realizar actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años, previéndose para estos casos la pena de prisión de dos a seis años.

Ha de tratarse de conductas de naturaleza sexual que no consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, realizadas sin violencia o intimidación.

Es indiferente que exista o no consentimiento por parte del menor de 13 años. El legislador presume, con una presunción *iuris et de iure*, sin posibilidad de prueba en contrario, que el consentimiento es inválido. El juez tiene que limitarse a conocer la edad cronológica del menor.

En el *art. 183.3 primer inciso* se recoge el *tipo agravado de abuso sexual* a un menor de 13 años, que se aplica cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. La pena es de prisión de ocho a doce años.

Un error sobre la edad es un error de tipo (art. 14.1), que excluye el dolo. Si es invencible la conducta es impune (no se podría aplicar el art. 183.1) y si es vencible también, puesto que el art. 14.1 dice que hay que aplicar la pena del delito imprudente y en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual no se castiga la imprudencia. Sólo si la conducta puede reconducirse a un abuso por prevalimiento (art. 181.3 y 4 CP) o a un abuso mediante engaño (art. 182) podría castigarse. Sin embargo, la jurisprudencia no suele aplicar el error de tipo. Aunque son frecuentes las alegaciones relativas al desconocimiento de la edad exacta de la víctima por parte

del sujeto pasivo (sobre todo cuando aquella se encuentra próxima al límite legal) no suelen prosperar. Basta con que el autor tenga dudas sobre la edad del sujeto pasivo para afirmar que concurre el dolo eventual (STS de 11 de febrero de 2005).

2.2. Agresiones sexuales a menores de trece años

En el art. 183.2 se encuentra el *tipo básico de agresión sexual* a un menor de 13 años: cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación, el responsable será castigado con la pena de 5 a 10 años de prisión.

En el art. 183.3, segundo inciso se recoge un tipo agravado de agresión sexual a un menor de trece años que se aplica cuando la conducta, realizada con violencia o intimidación, consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. La pena prevista es prisión de 12 a 15 años.

La agresión sexual a un menor de trece años se configura como un tipo agravado del delito de agresión sexual. Por lo tanto, en los supuestos de error sobre la edad no se podrá aplicar el art. 183.2 o 3, pero sí se podrá aplicar el art. 178 o 179 (art. 14.2 CP).

2.3. Tipos agravados comunes a los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años

El art. 183.4 recoge una serie de tipos agravados aplicables a las conductas previstas en los tres apartados anteriores cuya concurrencia determina la aplicación de la pena de prisión en su mitad superior. Son las siguientes:

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación total de indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. Esta agravación se fundamenta en unas determinadas condiciones de la víctima, que determinan que sea mayor el desvalor de la acción.
- b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. Esta agravación está basada en determinadas condiciones de autoría, que determinan que sea mayor el desvalor de la acción.
- c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Se trata de una forma de agravación que solo rige para las agresiones sexuales, que determina que sea mayor el desvalor del resultado. Junto al atentado a la libertad sexual se produce también un atentado a la integridad moral.
- d) Cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. Esta agravación se basa en determinadas condiciones de autoría, que determinan que sea mayor el desvalor de la acción.
- e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. Esta agravación supone un mayor desvalor del resultado, puesto que junto al atentado contra la libertad sexual concurre una puesta en peligro de la vida del menor.

- f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo de criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades (basada en determinadas condiciones de autoría).

El art. 183.5 recoge un *tipo agravado de todos los anteriores*. Si el culpable se ha prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además de la pena de prisión correspondiente, la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años.

3. El artículo 183 bis CP

La introducción del denominado por la doctrina “delito de ciberacoso sexual” constituyó una de las novedades más significativas de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010.

Se castiga a través de este delito la conducta internacionalmente denominada “child grooming”, que consiste en contactar con un menor de 13 años a través de Internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información y la comunicación, comunicarse con él y proponerle un encuentro con el fin de cometer alguno de los delitos de agresiones sexuales o abusos sexuales previstos en los arts. 178 a 183 (debería decir 183), para utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico (art. 189), siempre que esa propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento posterior.

El delito se castiga con penas de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 24 meses que han de imponerse en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El menor no tiene que haber aceptado necesariamente el encuentro y en cuanto a los actos de acercamiento, puede estimarse que tienen lugar si el sujeto se desplaza a la ciudad del menor, merodea por su residencia habitual o su centro escolar, etc. (Gómez Tomillo).

Además, se dice expresamente que esta conducta se castigará “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Al respecto, un sector de la doctrina considera que esta cláusula concursal, de la que se deduce la aplicación de un concurso de delitos carece de sentido. Consideran estos autores que dado que se tipifican aquí conductas que constituyen actos preparatorios de otros delitos, si se llegan a cometer esos delitos no se puede aplicar este de manera autónoma (existiría un concurso de leyes).

Sin embargo, en mi opinión, esta cláusula es adecuada, puesto que deja claro que en estos supuestos lo que procede es aplicar un concurso medial de delitos. Como señaló Gracia Martín respecto a la relación existente entre el acoso sexual y el subsiguiente delito de abuso sexual por prevalimiento, en los supuestos en que el legislador ha seleccionado, para convertir en delito, un acto preparatorio (en este caso, contactar con el menor por esos medios) especialmente peligroso, lo que procede es aplicar un concurso de delitos y no un concurso de leyes. En opinión del citado autor, cuando el acto preparatorio tipificado y penado especialmente es la única forma posible de llevar a cabo la preparación del hecho materialmente lesivo y el sentido preparatorio del acto es inequívoco, entre el tipo de preparación y el de lesión se establece una relación de concurso de leyes (esta es la relación que se establece entre el tipo de fabricación art. 386.1— y el de expendición de moneda falsa por los mismos falsificadores—). Sin embargo, hay otros tipos de preparación que se configuran en torno a un determinado acto preparatorio particular entre otros

posibles que a diferencia de aquel permanecen impunes. Ello se debe a que el acto aislado singularmente tipificado y penado presenta características especiales –por ejemplo, como en este caso, una peligrosidad especialmente acentuada de la que carecen otros actos preparatorios– que determinan una relevancia penal específica de dicho acto y la atribución al mismo, por ello, del estatuto dogmático y político-criminal de la tipicidad penal.

VI. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

En el Capítulo VI del Título VIII del Libro II (arts. 191 a 194) se regulan una serie de disposiciones comunes a todos los delitos contra la libertad sexual, en relación a las cuales la LO 5/2010 ha introducido importantes novedades.

En el apartado 1 del art. 192 se introduce la medida de seguridad de *libertad vigilada* para los sujetos imputables peligrosos, que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión (arts. 96.3 y 106). El citado artículo dice lo siguiente: “*A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor*”.

Por otra parte, el apartado 3 del art. 192 establece lo siguiente: “*El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación de la patria potestad*”. Este último inciso, relativo a la privación de la patria potestad ha sido añadido por la LO 5/2010. Por tanto, a los condenados de estos delitos se les puede imponer, además de la pena señalada a cada tipo delictivo, la pena de privación de la patria potestad, siendo este el único supuesto en que esta pena aparece como principal.

Esta disposición confiere al juez penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el art. 170 CC y privar de la patria potestad en tanto aprecie un incumplimiento de los deberes paterno-filiales inherentes a la misma.

Por otra parte, hay que señalar que los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores de trece años (art. 183) y los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (capítulo V: arts. 187, 188 y 189) cuando la víctima sea menor de trece años, se añaden a los supuestos en los que el periodo de seguridad es obligatorio (se denomina periodo de seguridad al cumplimiento de la mitad de la condena como requisito para acceder al tercer grado para los condenados a más de cinco años de prisión: art. 36.2). Con ello, el legislador está equiparando estos delitos a los delitos de terrorismo y los cometidos en el seno de una organización criminal, hasta hoy los únicos en los que el Juez de Vigilancia no podía dejar de aplicar el periodo de seguridad (el Juez tiene la facultad de exigir o no este requisito para el acceso al tercer grado, excepto en determinados delitos como los señalados, en los que el periodo de seguridad es obligatorio).

Por otra parte, en dos de los delitos que se contienen en este título (el art. 183.4 f) y 188.4 b) se tiene en cuenta la pertenencia a una organización o grupo criminal como elemento que determina la aplicación de un tipo agravado, planteándose el correspondiente problema concursal con los nuevos delitos de pertenencia a grupos y organizaciones criminales regulados en los arts. 570 bis y 570 quáter.

LECCIÓN 12*

ACOSO SEXUAL

I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS Y BIEN JURÍDICO

El delito de acoso sexual fue introducido por el Código penal de 1995 y modificado por la reforma llevada a cabo por la LO 11/1999, que le dio un contenido más amplio, procurando asimilar el concepto penal de acoso sexual a la definición de acoso que figura en la Recomendación de 1991 de la Comisión Europea, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (cuando se publicó el CP de 1995 solo se incriminaba la conducta que hoy constituye el tipo agravado – el acoso sexual con prevalimiento–).

El delito de acoso sexual se regula en el art. 184 CP. En el citado artículo se recogen tres clases de acoso sexual:

- 1) En el apartado 1 se tipifica el acoso sexual sin prevalimiento.
- 2) En el apartado 2 se tipifica el acoso sexual con prevalimiento o con el anuncio de un mal.
- 3) En el apartado 3 se regula un tipo agravado de los dos anteriores.

Una parte de la doctrina (Otero González) considera que el bien jurídico protegido por el delito de acoso sexual es la libertad sexual. Estas conductas lesionan el citado bien jurídico porque con ellas se menoscaba el proceso de formación de la voluntad en el ámbito sexual. Se trata de conductas que tratan de que la víctima acepte una solicitud sexual mediante el recurso a la intimidación, la hostilidad o la humillación. Sin embargo, algunos autores consideran que así como en el tipo agravado del art. 184.2 el bien jurídico protegido es la libertad sexual, en el tipo básico del art. 184.1 se protege la integridad moral o el honor (Sainz-Cantero, Cancio Meliá –que considera el tipo del art. 184.1 una especie de injuria de índole sexual–).

II. EL TIPO BÁSICO: EL ACOSO SEXUAL SIN PREVALIMIENTO DEL ARTÍCULO 184.1

El art. 184.1 señala lo siguiente: *«El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses».*

La jurisprudencia ha denominado a esta modalidad “acoso sexual ambiental” (SsTS de 23 de junio de 2000, 7 de noviembre de 2003). La doctrina, por su parte, lo denomina “acoso sexual horizontal” (Cancio Meliá).

* Belén Mayo Calderón

1. Sujeto activo

Sujetos activos de este delito pueden ser únicamente aquellos que se encuentren inmersos en un contexto laboral, docente o de prestación de servicios. Quedan fuera del tipo los requerimientos de índole sexual realizados por otras personas como vecinos, amigos o personas que fueron cónyuges. En consecuencia, estamos ante un delito especial propio.

El tipo abarca solo aquellas solicitudes que se hagan en los citados ámbitos. Por lo tanto, entre el sujeto activo y el pasivo debe darse una conexión por razón de la actividad laboral, docente o de prestación de servicios, con independencia de si ambos se sitúan en una posición igual o distinta. Pueden ser sujetos activos los que se encuentren en una posición de igualdad con la víctima o inferioridad (los subordinados). También, a mi juicio, se pueden encontrar en una situación de superioridad, siempre que el sujeto no se haya “prevalido” de ésta, puesto que si se ha prevalido de ella hay que aplicar el acoso sexual agravado del art. 184.2 (esta interpretación puede solucionar casos polémicos como el juzgado en la STS de 7 de noviembre de 2003, en el que el TS aplica el art. 182.1 –en contra de la STSJ de León de 29 de mayo de 2002, que había aplicado el art. 182.2–, a pesar de que el sujeto activo es el alcalde y el sujeto pasivo una concejala). Por el contrario, algunos autores –Ramón Ragués i Vallès, Cancio Meliá– consideran que esta modalidad de acoso es aplicable cuando el que solicita favores se encuentra en una situación de igualdad con respecto a la víctima.

La relación ha de ser continuada o habitual. Por ello, no puede aplicarse el precepto en los acosos que se llevan a cabo sobre personas demandantes de empleo (al no estar constituida la relación laboral o de prestación de servicios) o sobre un trabajador que hace una sustitución de corta duración.

2. La conducta típica

La conducta típica consiste en solicitar “favores de naturaleza sexual”. El delito exige únicamente que se demande a la víctima que se involucre en un contexto sexual.

La solicitud ha de ser seria e inequívoca (STS de 10 de enero de 2007) siendo indiferente la forma en que se hace (verbalmente, por escrito o por gestos). Según se afirma en algunas resoluciones, esta solicitud no necesariamente debe verbalizarse, sino que puede concretarse en la realización de actos concluyentes, como determinados tocamientos o insinuaciones (SAP de Madrid de 27 de febrero de 2004).

La jurisprudencia ha incluido también en la conducta típica comentarios obscenos reiterados que manifiestan una intención sexual implícita (SAP de Jaén de 7 de enero de 2005) o insinuaciones verbales de tono sexual (SAP de Cáceres de 3 de octubre de 2002). Sin embargo, la doctrina (Higuera Guimerá, Lamarca Pérez) considera que no deberían quedar incluidos en el tipo los supuestos en los que hay un requerimiento implícito o indirecto (chistes procaces, burlas de contenido sexual, alusiones al aspecto físico o al comportamiento del sujeto vinculadas al sexo, colocación de material pornográfico en el lugar de trabajo...). Estas conductas (que se denominan acoso ambiental) deberían castigarse a través de la falta de vejación injusta del artículo 620.2.º o incluso, en los casos más graves, a través del delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP (la SAP de Cáceres de 3 de octubre

de 2002 califica como falta de vejaciones injustas el hecho de estar el acusado con los pantalones y la ropa interior bajada).

En el término “favores de naturaleza sexual” se incluye cualquier actuación de contenido sexual. La doctrina mayoritaria estima que el objeto de la solicitud no queda restringido a los actos propios de las agresiones y abusos sexuales, sino que abarca cualquier comportamiento de índole sexual. Lo relevante para esta figura es que se involucre gravemente a la víctima en un contexto sexual, siendo indiferentes los contenidos del mismo. El tipo no limita el alcance y contenido de la prestación sexual.

El favor de naturaleza sexual ha de solicitarse “para sí o para tercero”. Por lo tanto, no tiene que coincidir el sujeto activo con la persona para la que se requiere el favor sexual. Ejemplo: un trabajador que, conociendo el deseo de su jefe de mantener relaciones sexuales con su compañera, se dirige a esta en los términos previstos en el precepto, y le pide ese favor de naturaleza sexual para su jefe, con el objeto de mejorar sus expectativas laborales.

Algunos autores consideran que es poco probable que una única solicitud pueda ser típica, puesto que, como indica el propio término “acoso” debe tratarse de una sucesión de actos de hostigamiento (Cancio Meliá).

Finalmente el tipo se completa con la exigencia de que se cree en la víctima una “situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”. Algunos autores (Otero González, Lamarca Pérez) consideran que con esta expresión se hace referencia al resultado del delito (es decir, se trata de un resultado separado de la conducta) mientras que otros (Cancio Meliá) consideran que se refiere a los medios comisivos –intimidatorios, hostiles o humillantes–.

Por otra parte, la doctrina considera que lo que significa esta expresión debe determinarse desde el prisma de los estándares sociales (“objetivo”) establecidos, para constatar que la insistencia, los términos despreciativos utilizados o la agresividad dan lugar a que la solicitud se califique como típica (Cancio Meliá).

3. El tipo subjetivo

Estamos ante un delito de comisión dolosa. No se ha previsto el castigo de la imprudencia.

Además, es precisa la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto: la tendencia de involucrar a otro en un contexto sexual.

III. EL TIPO AGRAVADO: EL ACOSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO O CON EL ANUNCIO DE UN MAL DEL ARTÍCULO 184.2

Artículo 184.2 CP: *«Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses».*

Algunos autores (García Pérez) consideran que solo se contiene una modalidad de conducta, basada en el prevalimiento de una situación de superioridad a través del anuncio de un mal expreso o tácito relacionado con las legítimas expectativas de la

víctima. Por el contrario, otros autores (Otero González, Lamarca Pérez) consideran que es preciso distinguir dos modalidades alternativas.

En mi opinión, si el anuncio de un mal se produce con prevalimiento de una situación de superioridad el segundo inciso es una concreción del primero puesto que en ambas modalidades debe gozar el autor de una situación de superioridad en alguno de esos contextos (laboral, docente o jerárquico). En la primera modalidad entra, a modo de cláusula genérica, lo que no entra en la segunda. En efecto, puede existir prevalimiento de una situación de superioridad sin el anuncio de un mal, en cuyo caso no se podría aplicar el inciso segundo del art. 184.2, pero sí el inciso primero. Por ejemplo, el sujeto puede prevalerse de una situación de superioridad con el anuncio de un bien. Ejemplos: 1) Debido a una reducción de plantilla en la empresa una trabajadora, como la gran parte de sus compañeros, es despedida. El jefe de personal aprovecha esta circunstancia para requerirla sexualmente con la promesa de conseguir que el Director de personal consiga readmitirla; 2) El profesor le dice a una alumna que tiene el examen suspendido que le pondrá matrícula de honor si accede a su solicitud. Asimismo, se pueden reconducir al inciso primero los supuestos en los que el mal no va dirigido a la víctima (como parece exigir el inciso segundo del art. 184.2). Por ejemplo: el acosador amenaza con un mal dirigido al hijo de la víctima (por el contrario, Otero González considera que este supuesto no integraría la figura delictiva del acoso sexual pero sí las amenazas condicionales, castigadas con mayor pena).

Sin embargo, creo que en el inciso relativo al anuncio de un mal se pueden incluir los supuestos en los que se produce el anuncio de un mal sin el prevalimiento de una situación de superioridad, es decir, el anuncio de un mal relacionado con las legítimas expectativas “entre iguales”. Esta interpretación permite darle un contenido al segundo inciso, sin considerarlo superfluo.

Como se trata de un tipo agravado, no hay que olvidar que deben concurrir los elementos del tipo básico: la solicitud (en los términos exigidos para aplicar el tipo básico) que provoca a la víctima una situación intimidatoria y humillante y la relación entre el sujeto activo y pasivo continuada o habitual.

Para poder aplicar el tipo agravado del art. 184.2 es necesario que el autor goce de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o bien, tratándose de una relación “entre iguales” el sujeto activo anuncie a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación.

En la modalidad del inciso primero la conducta consiste en realizar la solicitud “prevaliéndose”, es decir, abusando de esa situación de superioridad. Ese aprovechamiento deberá ser abarcado por el dolo.

En la modalidad del inciso segundo del art. 184.2 el mal anunciado debe estar estrechamente vinculado con la relación de la que se aprovecha el sujeto activo para realizar su requerimiento, puesto que tiene que ver con las “legítimas” expectativas, es decir, con las posibilidades que tiene la víctima, de una manera lícita, de conseguir logros o metas o mantener los ya alcanzados en el ámbito de dicha relación. Ejemplos: 1) el director de una empresa impide cualquier posibilidad de ascenso a una de sus trabajadoras si no accede a mantener con ella un acceso carnal; 2) el profesor hace ver a una alumna la dificultad de aprobar la asignatura si no mantiene con él una relación sexual.

IV. EL TIPO AGRAVADO DE LOS DOS ANTERIORES (ARTÍCULO 184.3)

En el apartado tercero del artículo 184 se ha previsto una agravación, tanto para el tipo básico como para el agravado, basada en la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, enfermedad o situación.

El artículo 184.3 CP señala lo siguiente: «*Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo*».

Su fundamento radica en un mayor desvalor de la acción, dado que el atentado a la libertad sexual se ve facilitado por concurrir determinadas condiciones que colocan a la víctima en una situación desfavorable frente al autor. Es una variante específica de la circunstancia agravante del abuso de superioridad, por lo que su apreciación excluye la aplicación de la circunstancia genérica del art. 22.2 CP (art. 67 CP).

Este tipo cualificado ha de interpretarse de forma restrictiva, sobre todo cuando se trate de aplicarlo a los supuestos previstos en el artículo 184.2 CP, pues el contexto en el que se produce el acoso conlleva una situación que ya podría ser calificada de vulnerabilidad de la víctima, dada la posición de inferioridad en que se encuentra. Es preciso que quede demostrada la “especial” vulnerabilidad” (precariedad económica, las necesidades familiares que tenga que atender, escasa cualificación profesional, precariedad en el puesto de trabajo).

V. PROBLEMAS CONCURSALES

1. La relación concursal existente entre el acoso sexual y las lesiones psíquicas

El Tribunal Supremo en Junta General de 10 de octubre de 2003 determinó que las penas previstas en los delitos contra la libertad sexual comprenden las lesiones psíquicas, lo que impediría aplicar un concurso ideal. Sin embargo, la doctrina cuestiona esta solución en el caso del acoso sexual por el menor desvalor de la conducta típica en relación con otros delitos contra la libertad sexual.

2. La relación concursal existente entre el acoso sexual y el delito del art. 443.1

Cuando las solicitudes sexuales son realizadas por funcionarios que tienen que intervenir en asuntos relativos a la persona a la que se dirige la propuesta (art. 443.1 CP) habrá un concurso de leyes a resolver por alternatividad en favor del artículo 443.1.

3. La relación concursal existente entre el acoso sexual y el delito de amenazas

El acoso sexual del art. 182.2, segundo inciso (cuando el sujeto activo anuncia a la víctima un mal) puede entrar en concurso con el delito de amenazas de un mal

normalmente no constitutivo de delito del art. 171.1 CP (estas amenazas son siempre condicionales y con condición ilícita).

Algunos autores (Cancio Meliá) consideran que el concurso de leyes que se plantea debe resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad, a favor del acoso sexual, aun cuando paradójicamente se castigaría la conducta con una pena menor (puesto que las amenazas se castigan con mayor pena que el acoso).

Por el contrario, otros autores (Muñoz Conde, Cerezo) a mi juicio con razón, acuden al principio de alternatividad, que conduce a la aplicación de la pena de las amenazas. La relación concursal que se establece entre estos dos tipos es un ejemplo claro de aplicación del principio de alternatividad, puesto que hay que acudir a él debido a un error del legislador, que introdujo este delito porque lo reclamaba la sociedad pero, en lugar de asignarle una pena mayor que la establecida en el delito de amenazas, le asignó una pena menor. El acoso sexual es una amenaza realizada en un contexto específico (laboral, docente o de prestación de servicios), por lo que debería castigarse con una pena mayor. Entre el acoso y la amenaza hay en realidad una relación de especialidad, pero hay que recurrir al principio de alternatividad, para no privilegiar absurdamente el acoso sexual. Como ha señalado la doctrina, es la progresiva conciencia social de que este tipo de prácticas son intolerables la que parece haber motivado la introducción de esta figura. Sin embargo, el ordenamiento contaba ya con medios para responder penalmente a las conductas de acoso más graves. Estamos en este supuesto ante el llamado Derecho penal simbólico (Cancio Meliá).

4. La relación concursal existente entre el acoso sexual y el abuso sexual con prevalimiento

Si después de la solicitud del favor de naturaleza sexual el sujeto pasivo accede al requerimiento sexual, se plantea la aplicación del abuso sexual por prevalimiento (arts. 181.3 y 4).

La mayoría de la doctrina (Cancio Meliá, Otero González) considera que entre ambos tipos delictivos existe un concurso de leyes, a resolver, por aplicación del principio de consunción (art. 8.3ª CP), a favor de la aplicación del abuso sexual con prevalimiento (el acoso sexual quedará absorbido por el abuso sexual con prevalimiento).

Por el contrario, otro sector doctrinal considera, a mi juicio con razón, que entre ambos tipos delictivos existe un concurso de delitos. Al respecto, señala Gracia Martín, que el acoso sexual es un tipo de preparación que entra en concurso de delitos con el abuso sexual con prevalimiento. Para explicarlo, distingue entre dos clases de tipos de preparación. Cuando el acto preparatorio tipificado y penado especialmente es la única forma posible de llevar a cabo la preparación del hecho materialmente lesivo y el sentido preparatorio del acto es inequívoco, entre el tipo de preparación y el de lesión se establece una relación de concurso de leyes (esta es la relación que se establece entre el tipo de fabricación art. 386.1 — y el de expendición de moneda falsa por los mismos falsificadores—). Sin embargo, hay otros tipos de preparación que se configuran en torno a un determinado acto preparatorio particular entre otros posibles que a diferencia de aquel permanecen impunes. Ello se debe a que el acto aislado singularmente tipificado y penado presenta características especiales —por ejemplo, una peligrosidad especialmente acentuada de la que carecen otros actos preparatorios— que determinan una relevancia penal específica de dicho

acto y la atribución al mismo del estatuto dogmático y político-criminal de la tipicidad penal. Pues bien, el acoso sexual es un tipo de preparación de esta segunda clase, puesto que el legislador ha seleccionado, para convertir en delito, un acto preparatorio especialmente peligroso.

5. La relación concursal que existe entre el delito de acoso sexual y el delito de tratos degradantes del art. 173.1

La exigencia relativa a que la conducta provoque en la víctima “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” plantea la existencia, cuando la humillación es grave, de un concurso de leyes con el delito de tratos degradantes del art. 173.1, que tendrá que resolverse (como ocurre con el concurso que se plantea con las amenazas) por el principio de alternatividad (art. 8.4ª CP) a favor del delito de trato degradante, por ser castigado con una pena mayor. Sin embargo, otros autores (García Pérez) consideran que cuando la humillación es grave habría que aplicar un concurso ideal entre ambos tipos delictivos, pues ninguno de los dos logra agotar adecuadamente el contenido de injusto de la conducta.

Si la humillación no es grave, la vejación injusta de carácter leve (art. 620.2ª) queda consumida en el acoso (art. 8.3ª).

LECCIÓN 13*

OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO

I. INTRODUCCIÓN

La omisión del deber de socorro aparece regulada en el Título IX del Libro II, en los arts. 195 y 196 CP.

En el art. 195 se tipifica el delito de omisión del deber de socorro (el tipo básico castiga al que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave o al que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno) y en el art. 196 la denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios por parte del profesional obligado a ello.

II. EL DELITO DE OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO (artículo 195)

1. El bien jurídico protegido

Se discute por la doctrina cuál es el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro. Las opiniones pueden agruparse en dos grupos: los que consideran que el bien jurídico es uno colectivo (algunos hacen referencia a la solidaridad humana y otros a la seguridad personal) y los que consideran que se protegen bienes jurídicos individuales.

Un sector doctrinal entiende que el bien jurídico protegido es un bien jurídico colectivo: la solidaridad humana, que quedaría configurado en torno al deber que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorrer a otra persona que se halle en situación de peligro. Otros autores consideran que el bien jurídico protegido es la solidaridad humana pero solo cuando están en peligro los bienes vida y salud.

Otro sector doctrinal considera que el bien jurídico protegido es la seguridad, mientras que algunos autores matizan que es la seguridad, pero referida a los bienes vida e integridad personal.

Por último, algunos autores mantienen que los bienes jurídicos protegidos son de naturaleza individual. Dentro de este grupo de autores, algunos consideran que los bienes jurídicos protegidos son la vida y la integridad personal, mientras que otros consideran que el delito de omisión del deber de socorro protege no solo la vida y la integridad, sino otros bienes de naturaleza personal como la libertad ambulatoria y la libertad sexual. Incluso algún autor considera que, junto a la vida, la integridad y la salud, la libertad y la libertad sexual, se protege también la integridad moral.

Los autores contrarios a estas interpretaciones más amplias argumentan que de esta manera se deja sin contenido el art. 450 CP. Consideran que la puesta en peligro de los bienes libertad, libertad sexual o integridad moral se verifica normalmente por una actuación delictiva y, precisamente, la omisión del deber de impedir estas actuaciones delictivas tendentes a lesionar estos bienes jurídicos está castigada en el

* Belén Mayo Calderón

art. 450 CP. Por tanto, consideran que no prestar socorro a alguien que esté a punto de ser víctima de una agresión sexual o de una detención ilegal, no puede castigarse por el art. 195 CP, sino por el art. 450 CP.

En mi opinión, se plantean dos problemas diferentes: uno es el del bien jurídico protegido tanto por el delito del art. 195 como por el delito del art. 450 y otro se refiere a la relación concursal existente entre estos dos tipos delictivos.

A mi modo de ver, las distintas interpretaciones doctrinales acerca del bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro derivan, como las mantenidas en relación con otros muchos tipos delictivos, de la reticencia de una parte de la doctrina a admitir la legitimación del Derecho penal para proteger bienes jurídicos colectivos. Desde la concepción del bien jurídico que mantengo, puede afirmarse que la protección de los bienes jurídicos individuales a los que hace referencia la doctrina no forma parte del tipo del delito de omisión del deber de socorro, sino que queda relegada al ámbito de la *ratio legis*, es decir, aparece únicamente como el motivo que lleva al legislador a castigar la conducta que consiste en no socorrer a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave. Al proteger el bien jurídico colectivo se protegen de una manera “indirecta” los bienes jurídicos individuales.

A mi juicio, tanto el delito de omisión del deber de socorro como el delito de omisión del deber de socorrer a quien está siendo víctima de un delito tratan de promover acciones socialmente valiosas y, desde este punto de vista, creo que el bien jurídico protegido es la solidaridad humana. Asimismo, la jurisprudencia más reciente considera que el bien jurídico protegido por el delito de omisión del deber de socorro es la solidaridad (SsTS de 16 de mayo de 2002, 11 de noviembre de 2004 y 28 de enero de 2008). Al respecto, la STS de 28 de enero de 2008 señala que “la omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título IX del Código penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como puede ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria”.

Respecto a la relación existente entre el art. 195 y el 450 considero que existe un concurso de leyes a resolver, por el principio de especialidad (art. 8.1^a) a favor del art. 450. El alcance del art. 195 es más general por cuanto la procedencia del peligro para los bienes jurídicos individuales cuya protección está en la *ratio legis* de la tutela del bien jurídico solidaridad humana no procede únicamente de la comisión de los delitos a los que se refiere el art. 450. Por lo tanto, si el peligro para los citados bienes jurídicos individuales que está en la *ratio legis* deriva de la realización de los delitos a los que se refiere el art. 450 hay un concurso de leyes entre el art. 450 y el art. 195 a resolver, por el principio de especialidad, a favor de la aplicación del art. 450. Si el peligro no procede la comisión de esos delitos, debe aplicarse el art. 195. Si se protege la solidaridad humana en el contexto del desamparo y peligro en que se encuentra una persona que ha sido víctima de un delito, se debe aplicar el art. 450, mientras que si se protege la solidaridad humana en un contexto más amplio se debe aplicar el art. 195. Por otra parte, también se aplicará el art. 195, como señala Sola Reche, en los supuestos en que el comportamiento delictivo ha cesado, pero no el peligro de sus consecuencias (por ejemplo, no se socorre a una persona que se encuentra desamparada y en peligro manifiesto y grave por haber sido víctima de una paliza que ya ha cesado).

Por último, hay que recordar que la opinión mantenida acerca del bien jurídico protegido afecta a la delimitación del *sujeto pasivo*. Quienes defienden que el bien jurídico es individual consideran que el sujeto pasivo es la persona que se halla desamparada y en peligro manifiesto y grave, mientras que quienes mantenemos que el bien jurídico protegido es colectivo, debemos afirmar que el sujeto pasivo es la sociedad (la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave es el objeto de la omisión).

2. El tipo básico (artículo 195.1 y 2)

El tipo básico está compuesto por dos modalidades alternativas de comportamiento unidas en una relación de subsidiariedad. En el apartado 1 se castiga la omisión de prestar socorro personal y en el apartado 2 se castiga al que no demandare con urgencia auxilio ajeno, que se aplica en los supuestos en que el sujeto está impedido de prestar socorro personalmente.

2.1. La omisión de prestar socorro personal (artículo 195.1)

El art. 195.1 señala lo siguiente: “El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”.

2.1.1. Tipo objetivo

El comportamiento típico consiste en una omisión: no socorrer a una persona que se halla en la situación típica, es decir, en no socorrer a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave.

Estamos ante un delito de omisión pura (o delito de omisión propio), ya que no se exige la producción de ningún resultado para que quede configurado el tipo. Si este se produce, el sujeto activo (el que omite el socorro) no tendrá que responder por dicho resultado, ya que el Código no le impone ningún deber de evitarlo, sino meramente de socorrer. Son delitos de omisión pura (o propia) aquellos que castigan la no realización de una determinada acción mandada o exigida por un tipo penal cuando esta, atendidas las circunstancias del caso concreto y la capacidad del autor, podía haberse realizado. La omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta en la que se hallaba (solo omite en Derecho penal el que tiene capacidad de acción). Así, por ejemplo, no podemos decir que omita una acción de salvamento el parálítico que no socorre a la persona que se está ahogando (eso sí, es necesario para afirmar que no se da el tipo que el sujeto no pueda pedir ayuda a terceros, puesto que si pudiera hacerlo –por ejemplo, dispone de un teléfono móvil– se aplicaría el tipo subsidiario del art. 195.2).

En los delitos de omisión pura es absolutamente irrelevante si se produce o no un resultado, como también resulta irrelevante preguntarse si la acción debida pudiera o no haber evitado el resultado que finalmente se produjo (la llamada “causalidad hipotética” que algunos estiman necesaria en los delitos de omisión impropia), pues la conducta típica en los delitos de omisión propia se concreta en la no realización de la acción impuesta por el tipo. En el delito de omisión del deber de socorro lo que causa el resultado (por ejemplo, de muerte o lesiones) es un factor externo de origen diverso a la propia omisión y preexistente a la misma que bien puede tener origen en causas naturales (un desprendimiento de tierra), en actuaciones de terceros (el que luego de sufrir una paliza es dejado por su agresor en un descampado donde es encontrado por el omitente), en una actuación no dolosa del

propio omitente (tipo agravado del párrafo tercero del art. 195) o incluso por voluntaria disposición de la víctima (la víctima intenta suicidarse). En todos estos casos el agente se limita a no intervenir dejando que el proceso causal siga su curso natural (Luzón Peña).

Es necesario distinguir el delito de omisión pura del delito de comisión por omisión. En los delitos de comisión por omisión el sujeto sí tiene el deber de evitar el resultado (por su posición de garante) de manera que si el resultado se produce se imputa a la conducta omisiva del agente. Además, es necesario para castigar por un delito de comisión por omisión que la omisión sea equivalente a la acción desde el punto de vista normativo (art. 11 CP). De lo contrario, solo habrá una omisión pura. Por ejemplo, hay equivalencia –o, como señala un sector doctrinal (Gracia Martín), “identidad” en el caso de la madre que deja morir de hambre a su bebé. Esta madre “ha matado” al niño igual que si lo hubiera estrangulado y, por ello, se la castiga como homicida –art. 138 en relación con el art. 11–.

Sujeto activo es la persona que tiene el deber de socorrer. Para ello, como ocurre en toda omisión, es preciso que el sujeto tenga capacidad de acción (no omite el que no tiene capacidad de acción), es decir, la capacidad de prestar el socorro o auxilio a la persona que se encuentra en la situación típica. Para ello es necesario que tenga conocimiento de la situación típica, conocimiento de los medios y la posibilidad física de actuar.

Por “socorro” ha de entenderse toda actividad capaz de modificar la situación de peligro, reduciéndolo, retrasando la producción del daño o disminuyendo su probabilidad. El socorro tiene que ser eficaz, en el sentido de que sirva para algo, sin que esto signifique que deba tener éxito en cuanto a la evitación del peligro (no se castiga a quien no evita el resultado, sino a quien no intenta evitarlo). Solo cuando, dados los conocimientos del sujeto concreto, fuere evidente *ex ante* la inutilidad de todo auxilio, decaería la obligación de socorrer. Si *ex ante* resulta evidente la inutilidad de todo socorro, por ejemplo, por saber que la víctima está ya muerta, decaería el deber de socorrer.

Persona “desamparada” es aquella que no puede prestarse ayuda a sí misma, ni cuenta con quien le preste la ayuda necesaria (la SAP de Cádiz de 17 de junio de 2005 describe la situación de desamparo que sufrió un inmigrante ilegal que viajaba en el doble fondo de una furgoneta, presentando un cuadro grave de asfixia e hipotermia). Por lo tanto, si la persona puede salir de esa situación de peligro por sí misma no está desamparada (por ejemplo, dispone de móvil y puede avisar a una ambulancia). Asimismo no es una persona desamparada la persona muerta. Cuando la persona se acerca a socorrer y se cerciora de que la persona accidentada está muerta no existe deber de socorrer porque una persona muerta no está desamparada y el peligro manifiesto ha cesado.

Por otra parte, en relación a este elemento hay que tener en cuenta que la presencia de otras personas en el lugar donde se encuentra la persona que está necesitada de socorro no es suficiente causa de exclusión del deber de socorro, ya que la asistencia prestada puede ser insuficiente. Es decir, para que no concurra el tipo es necesario que el sujeto se asegure de que se le está prestando ayuda a la persona desamparada, no bastando la mera presunción. Solo si el sujeto activo sabe con seguridad que la persona desamparada está siendo socorrida inmediata y efectivamente por terceras personas y ya puede considerar que el salvamento va a ser fructífero cesa la obligación de socorrer. Como señala Sola Reche, la situación de desamparo no desaparece porque haya otras personas que puedan prestar socorro.

Todas ellas seguirán estando obligadas a socorrer en tanto se comprueba que su concreta contribución resulta innecesaria. Al respecto, la jurisprudencia considera que cuando la situación de desamparo ha sido provocada por el omitente (tipo agravado del art. 195.3) éste solo queda excusado de prestar auxilio cuando el accidentado se encuentra debidamente atendido o ha sido trasladado a un centro hospitalario (García Albero).

“Peligro” es la probabilidad de que se produzca un daño para la vida, la integridad personal o la salud. El peligro ha de ser manifiesto, esto es, perceptible por signos exteriores. Es manifiesto aquel que es percibido por el sujeto obligado a socorrer (Sola Reche). No estoy de acuerdo con los autores (Muñoz Conde, Bustos) que consideran que el peligro debe ser perceptible y cognoscible para la generalidad de los hombres. Considero que es más correcta la opinión doctrinal que considera que basta con que el sujeto haya percibido el peligro, debido, por ejemplo, a sus excepcionales cualidades de observador, aunque no sea objetivamente perceptible por otras personas, puesto que, no tiene sentido hacer depender el deber de socorrer del hecho de que el peligro en que se encuentre la persona pudiera ser detectado por la generalidad de los hombres, cuando en el caso concreto el autor conoce el peligro y puede evitarlo sin riesgo propio ni de tercero (Bajo).

El peligro ha de ser, además, “grave”. La gravedad del peligro está referida, por un lado, a la idea de actualidad e inminencia del daño, y, por otro, a la entidad del mismo. Es decir, la gravedad depende tanto de la índole del mal que amenaza como del grado de probabilidad e inminencia de que se produzca. La determinación de la gravedad dependerá de las circunstancias del caso concreto, entre las que habrá que considerar el bien jurídico amenazado, la entidad del probable deterioro del mismo y la concreción u proximidad temporal del peligro (Sola Reche). Así, la inminente producción de un daño de escasa entidad para la integridad física, una pequeña herida, por ejemplo, no genera el deber de auxilio del art. 195 CP.

Un sector mayoritario de la doctrina entiende que el peligro en que se encuentra el sujeto pasivo puede ser involuntario o querido, de tal modo que cometerá el delito la persona que no socorre al suicida que se encuentre en peligro. Por el contrario, Díez Ripollés considera que no se dará este delito en los casos en que el suicida conserve el dominio de poder salvarse, y ello porque no se puede decir que en ese caso se trate de una persona desamparada. Si el suicida cambia de opinión y demanda auxilio, o ha perdido ya el dominio de poder salvarse, por estar, por ejemplo, inconsciente, sí se podrá hablar ya de omisión del deber de socorro, puesto que estaremos ante una persona desamparada.

El art. 195 CP condiciona la relevancia penal de la omisión del socorro a que este pudiera llevarse a cabo “sin riesgo propio o de tercero”. Como desde hace tiempo ha señalado la doctrina (Cuello Calón, Sainz Cantero) el Derecho penal no puede exigir actos heroicos de parte de sus destinatarios, con lo que no puede haber delito de omisión cuando al sujeto, en las circunstancias concretas, no podía (objetivamente) exigírsele el cumplimiento de la conducta mandada por el tipo.

El riesgo entraña un peligro personal. No cualquier riesgo hace desaparecer el deber de socorro; de otro modo se vaciaría prácticamente de contenido el delito. El riesgo lo ha de ser para un bien jurídico de naturaleza personal y guardar cierta proporción con el peligro que se tendría que intentar evitar (Sola Reche). Por ejemplo, una mera molestia o los inconvenientes que puede tener la intervención para quien viene obligado a prestar la ayuda no constituyen un riesgo en el sentido de la ley (así por ejemplo, llegar tarde a una reunión importante, o manchar de sangre la

tapicería del coche nuevo como consecuencia de la hemorragia del accidentado). Asimismo, no supone un riesgo la asunción de ciertos peligros corporales de escasa entidad, como el que resultaría de tener que entrar en un zarzal o en una zona de plantas urticantes para auxiliar a la víctima.

La doctrina discute acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula “sin riesgo propio o de tercero”:

1. Un sector doctrinal (Bustos Ramírez, Silva Sánchez, Sola Reche), a mi juicio con razón, considera que es un elemento objetivo del tipo de omisión. Por lo tanto, según esta opinión, cuando existe riesgo propio o de tercero la conducta no es típica, el sujeto que se encuentra ante esa situación de peligro no tiene el deber de socorrer. Si se considera que es un elemento objetivo del tipo, el dolo deberá abarcar la ausencia de riesgo en la intervención del sujeto activo (así lo pone de manifiesto, Sola Reche).

2. Otros autores (Rodríguez Mourullo) consideran que se trata de una causa de justificación más amplia que la contenida en el art. 20.5. Según esta opinión, cuando existe riesgo propio o de tercero la conducta es típica, pero no antijurídica.

3. Por último, algunos autores (Muñoz Conde, Cerezo, Bajo Fernández, Carbonell Mateu/González Cussac) consideran que se trata de una causa de inexigibilidad, que afecta a la culpabilidad. Según esta opinión, cuando existe riesgo propio o de un tercero la conducta es típica, antijurídica, pero no culpable.

2.1.2. El tipo subjetivo

Es preciso que se dé el dolo, que debe abarcar la situación de peligro y desamparo del sujeto pasivo (STS de 28 de abril de 2006). El omitente debe conocer el estado de peligro en que se encuentra la persona necesitada de ayuda y, al tener conciencia de esa situación, omitir voluntariamente el cumplimiento de la obligación impuesta por la norma. No se prevé el castigo de la conducta imprudente.

Cabe el dolo eventual. Así por ejemplo, en los supuestos en que haya otras personas en torno al accidentado, el sujeto activo puede prever que ninguna le esté ayudando realmente y ante esa previsión, contar con ello (habría imprudencia consciente –impune en este delito– si ante esa previsión confía en que la estén ayudando). Habrá dolo directo cuando el sujeto tenga certeza de la necesidad de ayuda.

Respecto a la admisión por la jurisprudencia del dolo eventual en este delito, hay sentencias que lo admiten en función de la probabilidad del desamparo de la víctima, cuando con conocimiento de que se ha atropellado a una persona se renuncia a comprobar la situación concreta causada (SsTS de 10 de septiembre de 2003 y 11 de noviembre de 2004).

Cuando el sujeto activo no socorre por creer con error que la persona no está desamparada o en peligro (error en el enjuiciamiento de la situación típica: el sujeto piensa que la persona no está desamparada o en peligro cuando en realidad no es así) estamos ante un error de tipo, que excluye el dolo. Si el error es invencible la conducta es impune (art. 14.1 primer inciso) y si es vencible también, puesto que en estos casos hay que aplicar la pena del delito imprudente (art. 14.1 segundo inciso) y este delito no se puede cometer por imprudencia. Por ejemplo: un sujeto no socorre a

un accidentado porque piensa que está muerto (como ya hemos señalado, las personas muertas no están desamparadas) cuando en realidad está vivo.

Atendiendo a la diversidad de supuestos en los que puede darse un error de tipo vencible, un sector doctrinal ha propuesto *de lege ferenda* castigar la omisión del deber de socorro por imprudencia (Aráuz Ulloa). Por el contrario, otros autores (Carbonell Mateu/González Cussac) consideran que la no incriminación de la imprudencia constituye una decisión legislativa que ha de ser valorada muy positivamente.

2.1.3. Antijuridicidad

La conducta puede quedar justificada en aquellos supuestos en que se omita el deber de socorro para cumplir otro deber de mayor importancia. Por ejemplo, el sujeto actúa en cumplimiento de un deber, es decir, se dan todos los requisitos de la causa de justificación del art. 20.7.

2.1.4. Concursos

Como ya he señalado en el apartado dedicado al bien jurídico, entre el art. 195 y el 450 existe un concurso de leyes a resolver, por el principio de especialidad, a favor del art. 450.

Ello sin perjuicio de que también puede darse un concurso real de delitos entre la omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad del art. 450 CP y la omisión del deber de socorro del apartado 1 o 2 del art. 195 CP, cuando a la primera de las omisiones subsiga la omisión de socorrer a la víctima por haberse quedado esta, a consecuencia del delito, desamparada y en peligro manifiesto y grave (Sola Reche).

Por otra parte, la doctrina hace referencia a la relación concursal que se plantea entre el delito del art. 195 y el previsto en el apartado 3 del art. 412 CP (denegación de auxilio por parte de autoridad o funcionario público). Algún autor (Maqueda) acude al concurso de leyes, que resuelve a favor de la aplicación del art. 412.3. Sin embargo, otro sector doctrinal considera que esta solución no capta todo el desvalor de la conducta, y acude a un concurso ideal entre varios delitos (García Albero). En mi opinión, el concurso se plantea entre el delito regulado en el art. 412.3 y el regulado en el art. 450 –una vez resuelto el concurso de leyes que, a su vez, se plantea entre los delitos regulados en los arts. 195 y 450 (concurso de leyes a resolver a favor de la aplicación del art. 450)– y se trata de un concurso ideal de delitos, puesto que el bien jurídico protegido en el art. 412.3 no es la solidaridad humana, sino el correcto funcionamiento de la Administración pública.

Cuando la situación de peligro es creada intencionadamente por el propio sujeto activo mediante la comisión de un delito, como es el caso de quien dispara a otro con intención de matar y le hiere gravemente, la posterior omisión de socorro es absorbida por el delito precedente. Como suele decirse “el que quiere matar no quiere socorrer”. Se plantea un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción a favor del delito de lesión (art. 8. 3.º). La posterior omisión del deber de socorro sería un acto posterior impune.

2.1.5. Formas imperfectas de ejecución

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución, el delito queda consumado cuando el sujeto activo omite prestar el socorro a la persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave.

Hace tiempo, en algún caso aislado, el Tribunal Supremo consideró que había tentativa en los supuestos en que el omitente es obligado a detenerse y auxiliar al herido (STS de 20 de diciembre de 1976). Se trata de una postura incorrecta (en estos supuestos el delito ha quedado consumado) que, afortunadamente, ha sido abandonada.

En la doctrina, Muñoz Conde considera que cabe la tentativa cuando el sujeto omite el socorro que objetivamente no era necesario por haber muerto el sujeto pasivo accidentado (el sujeto omite el deber de socorro pensando que la persona accidentada estaba viva cuando en realidad estaba muerta). Por el contrario, en mi opinión, tiene razón el sector doctrinal (Sola Reche, Gracia Martín) que mantiene que en los delitos de omisión pura no cabe la tentativa. Si el sujeto activo piensa que la persona está viva tiene el deber de socorrer y el delito queda consumado cuando omite prestar el socorro a la persona que se hallare desamparada y en peligro manifiesto y grave. Tampoco, por tanto, estoy de acuerdo con un sector doctrinal (De Vicente Martínez) y la jurisprudencia (SAP de Almería de 28 de junio de 2004 y STS de 28 de enero de 2008) que consideran que se trata de un delito imposible.

2.1.6. Formas de participación

Como ha señalado la doctrina, en este delito no cabe la participación, puesto que el deber de socorrer lo tiene cualquiera que se encuentra ante la situación típica.

2.2. Omisión de demandar con urgencia auxilio necesario (artículo 195.2)

El apartado 2 del art. 195 CP extiende la pena del apartado 1 al que "impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno".

Se trata de otra modalidad del tipo básico, a la que le es aplicable todo lo dicho en relación con la situación típica. Para aplicar este apartado 2 es preciso, por tanto, que exista la imposibilidad de socorrer personalmente a quien se halla en la situación típica (persona desamparada y en peligro manifiesto y grave) y la posibilidad de pedir auxilio ajeno. Se exige que la demanda de auxilio ajeno sea "urgente", elemento que deberá valorarse teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto. Asimismo, también estamos en este supuesto ante un delito de omisión pura, por lo que el delito queda consumado con la mera no petición de ayuda, sin necesidad de la producción de resultado alguno.

En esta modalidad típica incurriría el copiloto del conductor que atropella y huye, por no recabar la prestación de auxilio por terceros una vez que el piloto lo deja bajar del coche (SAP de Asturias de 22 de octubre de 2001). También se aplicó el art. 195.2 a un celador del servicio de urgencia que al serle comunicado que en las inmediaciones del centro de salud había una persona que requería asistencia médica no avisó al médico de guardia ni al ATS (SAP de Cádiz de 20 de mayo de 2005).

3. El tipo agravado: la omisión de socorro a víctima de accidente (artículo 195.3)

El apartado 3 del art. 195 CP recoge un tipo agravado para aquellos casos en que la víctima lo fuere por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio. Si el que omite el deber de socorro ha ocasionado el accidente fortuitamente, la pena a imponer es la de prisión de 6 meses a 18 meses; si el accidente se debe a imprudencia, la de prisión de 6 meses a 4 años.

En los supuestos en los que el sujeto causa lesiones o la muerte por imprudencia se aplicará un concurso real de delitos entre el correspondiente delito de lesiones imprudente (art. 152) o el homicidio imprudente (art. 142) y el delito de omisión del deber de socorro del art. 195.3. Cuando se trata de un caso fortuito, claro está, se aplicará solo la pena del delito de omisión del deber de socorro agravado del art. 195.3.

En el apartado 3 del art. 195 se contiene un tipo agravado del delito de omisión del deber de socorro. Por lo tanto, han de darse todos los elementos del tipo básico. Sin embargo, durante un tiempo ello no fue tenido en cuenta por la jurisprudencia, que interpretaba el tipo del artículo 195.3 como un delito de fuga en el que no se valoraba alguno de los elementos objetivos de la omisión del deber de socorro personal como el “desamparo” y el “peligro manifiesto y grave” (STS de 11 de noviembre de 2004). Así, en el caso de que el omitente hubiera provocado el accidente no se consideraba que la persona no estaba desamparada, como sí se hacía en relación al tipo del artículo 195.1, cuando estaba siendo atendida por otras personas. En estos casos se exigía que la asistencia sea sanitaria y adecuada al caso. Recientemente, sin embargo, la jurisprudencia parece haber cambiado de opinión. Así, la SAP de Burgos de 1 de abril de 2005 admite que no hay desamparo cuando uno de los acompañantes del conductor omitente que produjo el accidente llama a una ambulancia y esta se presenta.

El tipo agravado del art. 195.3 es también un delito de omisión pura y, por lo tanto, es indiferente si con posterioridad a la omisión llega a producirse o no un resultado lesivo. El elemento que se añade a los del tipo básico es el de la injerencia. El actuar precedente es una mera circunstancia que, al intensificar el deber de auxilio, agrava la responsabilidad del omitente en relación con el tipo básico. Así la injerencia no solo es tenida en cuenta por el legislador para fundamentar la posición de garante que se exige en los delitos de comisión por omisión, sino que también funciona como una mera circunstancia agravatoria, en el delito de omisión pura. Podría incluso concluirse que este supuesto constituye, como ha apuntado Silva Sánchez, un delito de omisión pura de garante, siempre que se piense, como lo hace el citado autor, que la posición de garantía no es suficiente para conformar un delito de comisión por omisión (Aráuz Ulloa).

Al ser el art. 195.3 un tipo agravado de los apartados 1 y 2 del art. 195 CP, para poder apreciarlo es necesaria la concurrencia de todos los requisitos ya reseñados en el tipo básico, también, por tanto, el referido a que la víctima se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, circunstancia esta que ha sido olvidada con desgraciada frecuencia por la jurisprudencia en numerosas sentencias (por ejemplo, las SsTS de 4 de diciembre de 1989, 23 de septiembre de 1991 y 14 de febrero de 1992). La jurisprudencia ha entendido que quien causó el accidente está obligado a prestar socorro con preferencia a cualquier otra persona, por lo que es irrelevante el hecho de que esté o pueda estar asistida por tratarse, por ejemplo, de una vía pública. Se parte de una presunción de desamparo, salvo prueba en contrario. Es decir, se sostiene que la víctima está desamparada mientras no esté recibiendo asistencia médico-sanitaria suficiente, incluso mientras no esté siendo perfectamente asistida en un centro de asistencia.

III. DENEGACIÓN Y ABANDONO DE ASISTENCIA SANITARIA (ART. 196)

En el art. 196 CP se castiga, con las penas del art. 195 en su mitad superior y con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas.

Se discute si esta novedosa figura tiene la naturaleza de un tipo agravado respecto del art. 195 o, por el contrario, la de un tipo distinto y autónomo respecto de este, al que solo se remite a los efectos de establecer la penalidad. En mi opinión, tiene razón el sector doctrinal (Sola Reche, Gómez Pavón, Huerta Tocildo, Rodríguez Mourullo) que lo considera un delito autónomo, dado que sus elementos típicos son diferentes.

En este delito, a diferencia del delito de omisión del deber de socorro, los bienes jurídicos protegidos son individuales: la salud y la vida.

Sujeto activo de este delito solo podrá ser quien tenga la condición de profesional de la sanidad, lo que incluye no solo a los médicos, sino a todo aquel personal sanitario cualificado para asistir sanitariamente a quien lo precisa. Si consideramos que el delito del art. 196 es autónomo con respecto al art. 195 (los elementos del tipo son diferentes), el art. 196 es un delito especial propio, puesto que no tiene figura común paralela (Sola Reche).

La conducta típica, formulada alternativamente, consiste en la denegación de asistencia sanitaria (lo que parece implicar la existencia de un previo requerimiento efectuado al sujeto en calidad de profesional sanitario) o en el abandono de los servicios sanitarios.

En cuanto a la conducta consistente en el abandono de los servicios sanitarios habrá que estar a lo dispuesto por la legislación administrativa sanitaria, sin olvidar que solo se convierte en ilícito penal cuando el abandono pone en peligro la salud del enfermo.

A diferencia del delito de omisión del deber de socorro, este tipo no se comete solo con la omisión de auxilio. Se exige un resultado: “el riesgo grave para la salud de las personas”. Por tanto, se trata de un delito de peligro concreto.

Es necesario que de la denegación de asistencia sanitaria o del abandono del servicio se derive “riesgo grave” para la salud de las personas, lo que supone un peligro de importancia o trascendencia para la salud o la vida.

La gravedad del riesgo implica también, dice un sector doctrinal (García Albero) que la inasistencia deje al enfermo en situación de necesidad, es decir, sin poder acudir a otro facultativo o que, aun pudiendo hacerlo, ello representase una demora en la asistencia que incremente relevantemente el peligro. En la práctica, tal requisito limita la eventual responsabilidad a los facultativos “de urgencias” o “de guardia”, o a determinados médicos como los rurales, que se encuentran en la llamada “posición de monopolio de ayuda”, por la ausencia de otros profesionales sanitarios en la zona o la inexistencia de hospitales y centros de asistencia en las proximidades.

En cuanto al tipo subjetivo, solo se sanciona la conducta dolosa.

Para las dos modalidades de conducta se exige que el profesional sanitario “esté obligado” a la prestación de asistencia o a permanecer en el servicio. Esta

cláusula cumple la función de restringir la autoría a aquellos profesionales sanitarios que, al ser requeridos para prestar asistencia sanitaria, se encuentren “de servicio” (Huerta Tocildo, Del Rosal Blasco).

Cuando el personal sanitario está de servicio y se dan el resto de los elementos del tipo del delito del art. 196 CP existe un concurso de leyes entre este delito y el tipificado en el 195 a resolver, por el principio de especialidad, a favor de la aplicación del delito del art. 196 CP. Si el personal sanitario no está de servicio, su omisión se solventará aplicando el art. 195. Como señala la doctrina (Carbonell) los sanitarios no están permanentemente “de guardia”, y, por tanto, cuando no lo están, su obligación es idéntica a la de un ciudadano profano de la sanidad.

Asimismo, el profesional sanitario no estará obligado a la prestación de asistencia o a permanecer en el servicio cuando esté ejerciendo el derecho a la huelga. De esta manera, el legislador resuelve en sede de tipicidad el conflicto de intereses que se plantea entre el deber de socorrer y el ejercicio del derecho de huelga. Eso sí, en estos supuestos, podrá aplicarse, si se dan sus elementos, el art. 195.

LECCIÓN 14

DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

I. INTRODUCCIÓN. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se encuentran recogidos en el capítulo I del título X del CP, título que tiene como rúbrica «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio». Este capítulo I comprende:

— el artículo 197 CP, modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio, que alberga distintas modalidades delictivas relacionadas con el descubrimiento y revelación de secretos, la libertad informática y el acceso a datos y sistemas informáticos (intrusismo informático). En particular:

- el apartado 1 regula el delito de descubrimiento de secretos;
- el apartado 2 recoge el tipo básico del delito contra la libertad informática;
- el apartado 3 está referido al delito de acceso a datos y sistemas informáticos;
- los apartados 4 (párrafo primero), 5, 6, 7 y 8 del artículo 197 CP albergan tipos agravados del delito de descubrimiento de secretos y del delito contra la libertad informática.
- y el apartado 4, párrafo segundo del artículo 197 incluye el delito de «receptación de datos íntimos».

— el artículo 198 CP que contempla el delito de descubrimiento y revelación de secretos, el delito contra la libertad informática y el delito de acceso a datos y sistemas informáticos realizados por autoridad o funcionario público;

— el artículo 199 CP relativo a la protección penal del secreto laboral y profesional;

— el artículo 200 CP referido a la protección penal de los datos reservados de las personas jurídicas;

— y el artículo 201 CP que incorpora disposiciones relativas a la perseguibilidad del hecho.

Fuera de este título también encontramos figuras delictivas vinculadas a la intimidad y la protección de los secretos. Así, por ejemplo, los delitos de revelación de secretos o informaciones por parte de funcionario o autoridad (artículos 417 y 418 CP), la interceptación y revelación de correspondencia privada, postal o telegráfica por autoridad o funcionario público (art. 535 CP) o la interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios de escucha o grabación por autoridades o funcionarios con violación de las garantías constitucionales (art. 536 CP).

El bien jurídico protegido penalmente a través de estas disposiciones es la intimidad personal o familiar. La intimidad se reconoce como un derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, cuyo apartado 1 señala: «*se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*». El apartado 3 de ese mismo artículo dispone que «*se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*» y el apartado 4 dispone «*que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la identidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*». A la intimidad como bien jurídico protegido se le reconoce una doble dimensión: una negativa, entendida como garantía de un ámbito reservado de la vida privada en el que prevalece el derecho a la exclusión de intromisiones ajenas y, una positiva, entendida como el derecho del ciudadano a controlar sus datos personales frente a los riesgos de conocimiento y utilización no consentidos, especialmente a partir del tratamiento informatizado de los mismos (Tomás-Valiente Lanuza).

Esa conceptualización de la intimidad es la que se deduce también de la jurisprudencia. El TS considera que los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el artículo 18.1 CE forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Estos derechos salvaguardan un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma, y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad. El Tribunal Supremo identifica la intimidad con la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. A ello hay que añadir una segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o *habeas data*, que encuentra su apoyo en el artículo 18.4 CE y del que se deriva un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros (STS 1328/2009, de 30 de diciembre). También el TC configuró inicialmente la intimidad como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada. Posteriormente, la intimidad pasa a ser entendida como un bien jurídico que se relaciona con las facultades de actuación del sujeto para controlar la información relativa a su persona y su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida (SsTC 134/1999, de 15 de julio y 144/1999, de 22 de julio).

En esta lección nos centraremos en la protección penal que se otorga a la intimidad, sin olvidar que también se protege a través de otras normas jurídicas (cabe mencionar, entre otras disposiciones, la LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre el Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

II. DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS (art. 197.1 CP)

El apartado 1 del artículo 197 CP regula el descubrimiento de secretos. En realidad, son dos las modalidades típicas que recoge el precepto:

1.^a El apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales (por ejemplo, el equipaje o una agenda). La definición de la acción típica que se describe con el término «apoderamiento» se ha ido ampliando de forma que comprendería los supuestos de traslado físico del objeto material, pero también aquellos que se traducen en «una aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior» (fotocopias, fotografías). Más discutida es la significación penal de los casos de mera captación intelectual del contenido, por ejemplo, la mera lectura de mensajes de correo electrónico que están en la pantalla o SMS. Algunos autores consideran aplicable el precepto (Morales Prats), mientras que otros excluyen su relevancia típica (González Rus, Muñoz Conde).

2.^a La interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación. Quedan incluidas aquí conductas como la intervención de teléfonos, pero también la interceptación de cualquier clase de comunicación (por ejemplo, la comunicación realizada mediante señal por radio o videoconferencias) siempre que se utilicen medios técnicos (no resultaría típica la conducta de escuchar detrás de la puerta). En estos supuestos de control auditivo y visual clandestinos, dice el TS (SsTS 1219/2004, de 10 de diciembre y 1045/2011, de 14 de octubre), que «la intervención del Derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aún sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal».

Estas acciones típicas han de realizarse sin el consentimiento del portador del bien jurídico protegido. El consentimiento opera en este delito como causa de exclusión del tipo, ya que se protege tanto el bien jurídico intimidad como la libertad de disposición del bien jurídico. En la STS 437/2010, de 16 de abril, se considera que no es típica la conducta de acceder al ordenador y al móvil de su pareja porque esta no había establecido medidas de protección.

Son modalidades dolosas. Junto al dolo, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo de lo injusto: la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Por secreto hay que entender «el conocimiento reservado a un número limitado de personas y oculto a otras» (Bajo Fernández, Rodríguez Moro). Por lo tanto, el secreto se refiere a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca (o no esté seguro de conocer) y que el sujeto pasivo no quiera que conozca. Vulnerar la intimidad significa introducirse en ámbitos de privacidad de otras personas. Es precisamente el titular del derecho a la intimidad el que determina los ámbitos de reserva a los que niega el acceso a otros. Para la jurisprudencia la idea de secreto —aunque puede ser más amplia si se identifica con conocimientos solo al alcance de unos pocos— resulta conceptualmente indisociable de la de intimidad entendida como «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás» (STS 358/2007, de 30 de abril).

La jurisprudencia niega relevancia típica a lo relacionado con el ámbito político-administrativo y actividades profesionales; en este sentido considera que no constituye un delito de descubrimiento y revelación de secretos el acceso indebido a correos institucionales, pues la intimidad es incompatible con las normas que regulan la actividad de la Administración Pública. La STS 534/2011, de 10 de junio,

considera que no cabe incluir en el artículo 197.1 CP la conducta de un profesor que accede sin autorización a correos electrónicos institucionales de otros profesores con el objeto de obtener información de actuaciones propias del trabajo universitario por tratarse de materias privadas, pero no íntimas.

No es necesario que efectivamente se descubran los secretos o que se vulnere la intimidad. Las dos modalidades se estructuran como delitos de resultado cortado: la parte subjetiva del tipo incluye la voluntad dirigida a la producción del resultado, pero la efectiva producción del resultado querido queda fuera del tipo. Según Rodríguez Moro no es ni siquiera necesario que el documento u objeto guarde algún secreto, basta con que se actúe en la creencia de que sí lo contiene y con la finalidad de descubrirlo.

En la práctica hay supuestos que suscitan dudas como los casos en que se graba una conversación telefónica por parte de uno de los intervinientes en la misma que lo hace sin el consentimiento del otro. En la STC 114/1984, de 29 de noviembre, se considera atípica esta conducta por considerar que no se conculca secreto alguno (no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, distinto es el caso en que la grabación es hecha por un tercero ajeno al hecho grabado). Diferente solución se aporta cuando se graban imágenes con el consentimiento de una de las partes sin el conocimiento de la otra. La STS 1219/2004, de 10 de diciembre, apreció este delito en un supuesto en que se grabó una relación sexual con el consentimiento de una de las partes al entender que sí se afectó directamente a la intimidad del otro interviniente («lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, sea de carácter sexual, sea familiar o de otra índole, pero no propiamente la intimidad de la otra parte, puesto que esta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo»).

En lo que respecta a la antijuridicidad hay que tener en cuenta que la intimidad puede colisionar con el ejercicio de otros derechos. Por ejemplo, el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad personal y familiar, o el derecho y deber de educación y formación integral por parte de padres y tutores con el derecho a la intimidad de los menores. En estos supuestos de colisión habrá que examinar si concurre alguna causa de justificación. Con frecuencia se tratará de la causa de justificación de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo recogida en el artículo 20.7 CP.

La consumación se produce con el apoderamiento de los papeles o cartas, con la interceptación de las telecomunicaciones o con la captación del sonido, la imagen o cualquier otra señal de comunicación. Como ya hemos indicado antes, para la consumación del delito no es preciso que se logre el fin pretendido (descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro). Como indica la STS 1045/2011, de 14 de octubre, no es preciso para la consumación el efectivo descubrimiento del secreto o la vulneración de la intimidad, pues basta que concurra el elemento objetivo junto con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo). Son posibles las formas imperfectas de ejecución (tentativa acabada e inacabada). Así, se considera que la mera instalación de aparatos necesarios para interceptar, transmitir o grabar la comunicación si no se ponen en funcionamiento son constitutivos de tentativa.

No se plantean problemas específicos en materia de autoría y participación. Son de aplicación las reglas generales. Por ejemplo, si varias personas interceptan las

telecomunicaciones todas ellas serán coautores, si una persona proporciona a otra un aparato de escucha sabiendo que lo va a utilizar ilícitamente será cooperador necesario.

Hemos indicado que se trata de modalidades distintas, por tanto, si concurren varias de ellas se aplicarán las reglas relativas al concurso de delitos (en otro sentido Carrasco Andrino que lo califica como tipo mixto alternativo). Al tratarse de un bien jurídico de carácter personal no cabría el delito continuado.

La pena prevista para estas conductas es la de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

III. EL TIPO BÁSICO DEL DELITO CONTRA LA LIBERTAD INFORMÁTICA (art. 197.2 CP)

El artículo 197.2 CP tipifica unos comportamientos que han recibido distintas denominaciones como delito de abuso informático o delito contra la libertad informática. Según la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, la llamada libertad informática consiste en el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (*habeas data*), en particular, entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención.

En este delito se protegen datos reservados cuando están almacenados a través de un sistema informático, electrónico o telemático o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Para completar la regulación penal hay que tener en cuenta la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el RD 1720/2007, de 21 de diciembre. Según la LOPDP, dato de carácter personal es «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Sin embargo, no define qué ha de entenderse por datos reservados; según la doctrina y la jurisprudencia serían aquellos datos referidos a informaciones cuyo conocimiento está limitado a las personas autorizadas, es decir, se trata de datos no disponibles sin autorización y que inciden en la esfera personal o familiar (datos no susceptibles de ser conocidos por cualquiera). La jurisprudencia señala que no importa la trascendencia objetiva de los datos personales y familiares: «no cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos “objetivamente” relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos “inocuos” cuya escasa significación lo situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida». Ahora bien debe tratarse de datos o información que pertenezca al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. No se refiere a datos que afectan al núcleo duro de la privacidad, pero sí que afecten a la intimidad personal (STS 1328/2009, de 30 diciembre).

Los datos han de estar recogidos en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Dado el carácter reservado de los datos, los ficheros o registros han de ser de acceso y utilización limitada a personas concretas y con finalidades específicas siendo indiferente su naturaleza (personal, académica, laboral, médica, económica...).

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona completamente ajena a los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, o

bien, cualquier persona que trabaje en esos ficheros o archivos, pero que no tenga competencias de acceso, utilización o modificación de los datos.

El precepto castiga dos tipos de comportamientos:

1.º El apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal o familiar que se realice «en perjuicio de tercero» (aunque no es necesario que el perjuicio se produzca efectivamente). El apoderamiento comprendería los supuestos en que se copian los datos, dejando intactos los originales o cuando simplemente se capta el contenido de la información; utilizar se refiere a usar los datos; modificar alude a la alteración de los datos, tanto si se trata de mejorar como de perjudicar la situación del sujeto al que afectan.

2.º El llamado «espionaje informático», es decir, el acceso a datos reservados, así como su alteración o utilización «en perjuicio del titular de los datos o de un tercero». Parece que en este caso los comportamientos no van referidos a los datos sino a los ficheros o soportes informáticos, puesto que, de no interpretarse así, la alteración y utilización se estarían tipificando dos veces.

Se ha apreciado esta figura delictiva en un supuesto en que un sujeto, introduciéndose por medios informáticos en el registro de matrículas de la Universidad, consigue el teléfono móvil de la víctima, sabiendo que esta quería tenerlo reservado precisamente para que el acusado no accediera a él (SAP Castellón 399/2005, de 26 de septiembre); también en un caso en que un periodista obtiene de un fichero informático la información de que dos internos de un centro penitenciario que padecen SIDA trabajan en las cocinas del mismo, lo que publica (STS 234/1999, de 18 de febrero).

Se castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

IV. EL DELITO DE ACCESO ILÍCITO A DATOS Y SISTEMAS INFORMÁTICOS (art. 197.3 CP)

Este delito se introduce en la reforma del Código penal de 22 de junio de 2010. Una parte importante de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la seguridad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (Rueda Martín, Carrasco Andrino). No obstante, para justificar su ubicación en este título se afirma que también se estaría protegiendo la intimidad en cuanto que dichos sistemas informáticos se caracterizan por la múltiple información vital y personal que contienen y, si el acceso o mantenimiento en ellos está prohibido por su titular, hay que deducir que suponen una reserva de espacio conectado, al menos, en sentido amplio, con el derecho a la intimidad (Rodríguez Moro).

Se trata de un tipo mixto alternativo que recoge dos modalidades de conducta. Por un lado, el acceso a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo. El tipo exige que el acceso se produzca vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedir el acceso (será atípico el acceso a un sistema informático no protegido, salvo que concurren los elementos del apartado 1 y 2 del artículo 197). Hay que tener en cuenta que el precepto no se limita a los ataques que procedan de Internet o redes de transmisión de datos, sino que se refiere a cualquier acceso no autorizado (también, por tanto, la entrada directa en un ordenador vulnerando sus medidas de protección).

En segundo lugar, se recoge la conducta de mantenerse dentro del sistema informático en contra de la voluntad del que tiene un derecho legítimo a excluirlo. Este modalidad típica parte de un acceso legítimo que deviene ilegítimo, al haberse cancelado el permiso para ese acceso.

A diferencia de los apartados anteriores este delito de acceso informático ilícito no exige la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro. Basta con que el acceso se produzca vulnerando las medidas de seguridad tendentes a impedir el acceso (se incluye, por tanto, el denominado «hacking» blanco referido a comportamientos en los que el intrusismo informático no tiene otra finalidad que la de superar el desafío que supone la detección de «agujeros» en el sistema). Por ello se considera que lo que se pretende proteger es la seguridad de los sistemas informáticos (la menor pena establecida se justificaría precisamente porque no se está protegiendo la intimidad en sentido estricto).

Si se produce algún daño en el sistema al que se ha accedido este delito podrá entrar en concurso con el delito de daños de material informático del artículo 264 CP (Muñoz Conde).

La pena prevista es la de prisión de seis meses a dos años.

Se incorpora una previsión específica en relación con las personas jurídicas. Cuando estas sean responsables de estos delitos se les impondrá una pena de multa de seis meses a dos años. Además, los jueces y tribunales podrán imponer alguna de las penas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP.

V. TIPOS AGRAVADOS

1. Revelación, difusión o cesión de datos, hechos descubiertos o imágenes captadas de los números 1 y 2 del artículo 197 (art. 197.4 párrafo primero CP)

Esta figura presupone que el sujeto activo con anterioridad se ha apoderado de datos o ha interceptado las comunicaciones o ha utilizado artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o se ha apoderado de datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados en ficheros y, después, los difunde, los revela o los cede a terceros.

La difusión, revelación o cesión de los secretos o datos descubiertos ilícitamente implica un mayor daño a la intimidad y, por ello, se castiga con una pena más grave. Concretamente está prevista la pena de prisión de dos a cinco años.

En la práctica se plantea la cuestión de si puede aplicarse esta agravación a los supuestos en que se aporta lo descubierto a un proceso, en concreto en relación con los procesos de separación o divorcio donde se aporta información personal de una de las partes obtenida de forma ilícita. La jurisprudencia no suele aplicar la agravación en este tipo de procesos, pero sí en otros de otra índole.

2. Realización de las conductas de los números 1 y 2 del artículo 197 CP por personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros (art. 197.5 CP)

En el apartado 5 del artículo 197 se recogen unos delitos especiales porque las acciones típicas únicamente pueden ser realizadas por aquellas personas que reúnen una determinada condición para ser autor. Concretamente se hace referencia a las

personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros. El fundamento de la agravación radica en la mayor accesibilidad a los datos personales ajenos por parte del sujeto activo y en la especial responsabilidad de la persona que realiza la conducta típica vulnerando deberes de sigilo, lealtad y garantía (art. 9 LOPDP).

Si estas personas realizan cualquiera de los hechos descritos en los números 1 y 2 del artículo 197 CP les corresponde una pena de prisión de 3 a 5 años, y, si difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

3. Realización de hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o cuando la víctima fuere un menor de edad o incapaz (art. 197.6 CP)

El número 6 del artículo 197 CP contiene dos tipos agravados. Uno de ellos tiene en cuenta el objeto material del delito sobre el que recaen las acciones delictivas, esto es, datos sensibles (o lo que se denomina «núcleo duro» de la intimidad). Según la LOPDP son datos especialmente protegidos aquellos que revelan la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual de la víctima. Cuando las conductas delictivas se refieren a estos datos se impondrá la pena en su mitad superior.

El segundo tipo agravado se refiere a los casos en que el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad o un incapaz. La agravación se fundamenta en la situación de mayor vulnerabilidad en la que se encontrarían estas personas.

4. Realización de estos hechos con fines lucrativos (art. 197.7 CP)

En el número 7 del artículo 197 CP se recoge un tipo agravado aplicable si se realizan las conductas tipificadas en los apartados 1 a 4 del artículo 197 con fines lucrativos. En este caso se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior. Si, además, estas conductas afectan a datos sensibles la pena que corresponde es la de prisión de cuatro a siete años. No es preciso que se obtenga el beneficio económico, sino que basta con que se actúe con la intención de obtenerlo.

5. Comisión de estos hechos en el seno de una organización o grupo criminal (art. 197.8 CP)

Si estos delitos se cometen en el seno de una organización o grupo criminal se impondrá la pena superior en grado (agravación que introduce la LO 5/2010, de 22 de junio). Hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 570 bis y 570 ter CP a efectos de determinar el concepto de organización y grupo criminal.

VI. DELITO DE «RECEPTACIÓN DE DATOS ÍNTIMOS» (art. 197.4. párrafo 2º CP)

El párrafo segundo del artículo 197.4 CP recoge una figura autónoma. En este precepto se tipifica la conducta consistente en difundir, revelar o ceder a terceros datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas por parte de una persona que no ha tomado parte en su descubrimiento, pero que tiene conocimiento del origen ilícito de ellos.

Es preciso que el sujeto conozca que los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas han sido descubiertos ilícitamente por terceros, pero no se castiga ese conocimiento sino su posterior difusión, revelación o cesión a terceros.

La pena prevista es la de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

VII. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS Y DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INFORMÁTICA REALIZADOS POR AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

El artículo 198 CP se refiere a los casos en que las conductas descritas en el artículo 197 CP se cometen por una autoridad o funcionario público. Se trata, por tanto, de un delito especial impropio.

El precepto precisa que el funcionario o autoridad pública debe actuar fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa por delito y prevaleciéndose de su cargo. Según la doctrina mayoritaria si el funcionario público actúa como un particular es de aplicación el artículo 197 CP, pero cuando actúa en el ejercicio de sus funciones públicas, abusando de su cargo, sin ninguna cobertura legal se aplicará el artículo 198 CP.

La delimitación entre el ámbito de aplicación de este precepto y el del artículo 417.2 CP radica en la licitud del acceso a la información por parte del funcionario. El artículo 198 se aplica a casos en los que el funcionario, prevaleciéndose de su cargo, accede a datos que no debía conocer (en cambio, el artículo 417.2 CP se refiere al funcionario que conoce los datos lícitamente por razón de su cargo). Por otra parte, los artículos 534, 535 y 536 CP, que tipifican conductas similares a las descritas en el artículo 197 CP, realizadas también por funcionarios públicos, se aplicarán cuando haya causa por delito, pero en la actuación no se respeten las garantías constitucionales o legales.

Además de la pena prevista para la conducta, que se impondrá en su mitad superior, está prevista una pena de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

La STS 1189/2010, de 30 de diciembre, aplicó esta figura delictiva en el caso de un agente de la Guardia Civil que consultaba los archivos del cuerpo para averiguar datos de personas a las que intentaba después extorsionar.

VIII. REVELACIÓN DE SECRETOS LABORALES O PROFESIONALES

El artículo 199 CP recoge dos figuras delictivas una relativa a los secretos ajenos conocidos por razón de oficio o relaciones laborales y otra relativa a los secretos profesionales.

En el primer apartado del artículo 199 se castiga a los que, por razón de su oficio o sus relaciones laborales, tengan conocimiento de secretos que luego revelan. Por oficio o relaciones laborales se entiende todo tipo de relaciones mercantiles o laborales que impliquen una prestación de servicios. La protección de otros secretos como los secretos de empresa o industriales se lleva a cabo a través de los artículos 278 y 279 CP.

Se discute si, además de la revelación de los secretos del empresario por parte del trabajador, se incluye también el supuesto contrario, e incluso si se refiere también a secretos de compañeros de trabajo o de los clientes que se conocen como consecuencia de esas relaciones laborales. La doctrina mayoritaria incluye tanto las revelaciones efectuadas por el trabajador respecto al empresario como el supuesto inverso (por ejemplo, el empresario que conoce datos relativos a la salud de un trabajador). Una opinión minoritaria considera típica únicamente la revelación de secretos de quien contrata a otro por razón de su oficio hecha por quien fue contratado (González Rus).

También se plantea la cuestión de la extensión temporal del deber de guardar secreto. Un sector de la doctrina considera que, una vez concluida la relación laboral, la obligación de guardar secreto se mantiene mientras el secreto conserve virtualidad para lesionar la intimidad del titular (en este sentido González Rus).

El segundo apartado del artículo 199 del CP se refiere al denominado secreto profesional. Sujeto activo de estos delitos es el profesional, esto es, alguna persona que esté en posesión de un título académico que habilite para la práctica de alguna profesión reglamentada (abogado, procurador, médico, detective privado, responsables y operadores de registros y ficheros de datos). La conducta consiste en el incumplimiento de su deber de reserva o sigilo. Lo característico de estos supuestos es que el profesional adquiere determinados conocimientos precisamente porque son necesarios para cumplir su función (se alude a su papel de «confidente necesario»). El sujeto activo conoce el secreto a causa de su profesión y lo que se castiga es su divulgación a terceras personas. Para conocer el alcance de deber de reserva o sigilo hay que acudir a la reglamentación específica de la profesión de que se trate.

En relación con los abogados hay que tener en cuenta que la LOPJ establece que los abogados deben guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de actuación profesional no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos. Igualmente el Estatuto General de la Abogacía indica que «el abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional». El artículo 416. 2.º de la LECr establece que los abogados están dispensados de la obligación de declarar respecto a hechos que su defendido les hubiese confiado en su calidad de defensor. En suma, los abogados no pueden revelar los datos de su cliente que conozcan en su actividad profesional. Más dudas suscitan los datos o propósitos futuros de su cliente. Según Muñoz Conde el secreto profesional no aparece tan vinculante para el abogado en estos casos.

En relación con los médicos y personal sanitario la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica establece la obligación de guardar secreto en relación con los datos que conozcan por acceso al historial clínico de una persona. Por otro lado, están obligados a denunciar los delitos de los que tengan conocimiento en ejercicio de su profesión y no están dispensados de la obligación de testificar.

En relación con los detectives privados la Ley 23/1992 de Seguridad Privada establece el deber de guardar secreto en relación con las investigaciones realizadas y sanciona como infracción muy grave la infracción del deber de reserva.

Se discute si cabe aplicar este precepto en relación con los eclesiásticos y ministros de culto y los profesionales de la banca. Con respecto a los primeros se

considera que no son profesionales, aunque ostenten la cualidad de confidentes necesarios. A pesar de ello algunos autores los incluyen en el tipo partiendo del secreto de confesión establecido en el Código de Derecho Canónico y por la función social que desempeñan. Hay que tener en cuenta que la LECr les exime del deber de testificar. En relación con los profesionales de la banca también la doctrina está dividida, defendiendo unos su inclusión en el ámbito del art. 199.2 CP y otros en el apartado 1.

IX. AGRESIONES A DATOS RESERVADOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El artículo 200 CP se refiere a datos reservados de las personas jurídicas. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que el precepto es aplicable únicamente a los casos en que se lesiona la intimidad personal de terceros o de los individuos que integran la persona jurídica (no se protegería la intimidad de la persona jurídica, pues la intimidad es un bien jurídico «personalísimo» que solo corresponde a la persona física). En cambio, desde otras perspectivas, se considera que se ha querido proteger de forma autónoma datos reservados de las personas jurídicas para situaciones en las que su descubrimiento, revelación o cesión pueda producir en ellas efectos no económicos o no subsumibles en otros preceptos penales (Romeo Casabona).

Se castigan las conductas de descubrimiento, revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes.

Se considera que entre este delito y los delitos de violación de secretos empresariales (arts. 278 a 280 CP) existe una relación de concurso de leyes que se resuelve, en virtud del principio de especialidad, a favor de estos últimos.

X. DISPOSICIONES COMUNES (art. 201 CP)

Estos delitos son perseguibles a instancia de parte. Según dispone el artículo 201 para proceder por estos delitos es necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Si el agraviado es menor de edad, incapaz o una persona desvalida también puede denunciar el Ministerio Fiscal. Su configuración como delitos semiprivados se explica en atención al bien jurídico lesionado, pues la víctima puede estimar preferible que los hechos queden sin castigo antes que padecer el efecto multiplicador de la lesión a su intimidad que conllevaría el proceso penal (Tomás-Valiente Lanuza).

No obstante, están previstas dos excepciones: los delitos cometidos por autoridades o funcionarios (art. 198 CP) y los que afecten a intereses generales o a una pluralidad de personas. En ambos supuestos, las conductas serán perseguibles de oficio.

El perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal o la pena impuesta; ahora bien, en los casos en que la víctima sea menor o incapaz, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar el perdón otorgado por los representantes.

LECCIÓN 15*

ALLANAMIENTO DE MORADA, DOMICILIO DE PERSONAS JURÍDICAS Y ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

I. SISTEMATIZACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el Capítulo II del Título X que lleva por rúbrica “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio” se regulan diversos tipos de allanamiento que alcanzan no solo a la morada sino también a otros lugares como los domicilios de personas jurídicas y los despachos profesionales (artículos 202-204 CP). También está prevista una falta, incluida dentro de las que atentan contra el orden público, consistente en el allanamiento pasivo del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (artículo 635 CP).

Más concretamente, las infracciones que se recogen son:

a) En el art. 202.1 se recoge el tipo básico del delito de allanamiento de morada.

b) En el art. 202.2 se recoge un tipo agravado, cuando se ejecute con violencia o intimidación.

c) En el art. 203.1 se tipifica el delito de allanamiento (activo) del domicilio de personas jurídicas, despachos profesionales u oficinas, o establecimientos mercantiles o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

d) En el art. 203.2 se recoge un tipo agravado del anterior, cuando el hecho se ejecute con violencia o intimidación.

e) La comisión de estas conductas por autoridad o funcionario público, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito constituye el delito tipificado en el artículo 204 CP.

f) En el art. 635 se recoge la falta de mantenerse fuera de las horas de apertura en el domicilio de una persona jurídica pública, despacho profesional, o establecimientos abiertos al público.

El bien jurídico protegido en el delito de *allanamiento de morada* es la intimidad domiciliaria. La intimidad encuentra protección expresa en el art. 18.1 de la Constitución y se suele definir como el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad. La protección de la intimidad de la morada se refuerza, además, constitucionalmente, a través del art. 18.2, donde se recoge el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El bien jurídico de la intimidad domiciliaria tiene una naturaleza individual y disponible y, por ello, el consentimiento del morador excluye la tipicidad de la conducta.

Por lo que respecta al delito de *allanamiento del domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, también se protege la intimidad en la medida en que en los domicilios de las personas jurídicas y en los despachos

* Carmen Alastuey Dobón

profesionales se requiere un ámbito de privacidad para el adecuado ejercicio de sus actividades, que libremente ordenan sus titulares preservándose de influencias externas y cuyos entresijos quedan vedados a la interferencia y conocimiento de terceros. Se trata, por tanto, de una intimidad que surge de la actividad realizada en esos espacios y no, como sucede en el delito de allanamiento de morada, de la relación de una persona física con el espacio (Hernández Plasencia).

II. ALLANAMIENTO DE MORADA

1. Tipo básico

Se encuentra en el art. 202.1 CP. En el delito de allanamiento de morada, la conducta típica presenta una doble modalidad: entrar o mantenerse en la morada contra la voluntad del morador. Es decir, se puede cometer el delito por acción o por omisión, denominándose ambas modalidades como allanamiento activo (entrar) y allanamiento pasivo (permanecer). Tanto uno como otro han de ejecutarse en morada ajena y en contra de la voluntad del morador.

Atendiendo a la conducta típica a este delito se le ha caracterizado como mixto alternativo y de mera actividad:

a) Se dice que es un tipo mixto alternativo porque la conducta típica se perfecciona realizando uno de los dos comportamientos previstos en el art. 202.1, bien sea el de entrar o el de permanecer.

b) Por otro lado, se trata de un delito de mera actividad, en cuanto resulta suficiente para realizar el tipo con llevar a cabo el comportamiento de entrar o permanecer en la morada sin que de lo uno u otro se requiera la producción de algún efecto adicional.

a. Tipo objetivo

Puesto que hemos señalado que el bien jurídico protegido en el delito del art. 202 es la intimidad domiciliaria, el *sujeto pasivo* del delito es el morador. Hay que distinguir al morador de otros sujetos que tengan facultades jurídicas de disposición sobre la morada, pero que no son portadores del bien jurídico lesionado (propietarios, herederos, administradores de la morada que no habitan en ella). El dato que permite identificar al sujeto pasivo del delito es la habitación efectiva en la morada.

Para ser morador no es necesario que en el momento de ejecutarse la acción típica el mismo se encuentre físicamente en la morada, pero sí que habitual u ocasionalmente desarrolle actividades privado-personales en ella.

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona distinta del morador, quien no habite en la morada. Se trata de una figura delictiva común.

Por lo que respecta a la *conducta típica*, ya hemos visto que el art. 202 contempla una doble modalidad: entrar o permanecer contra la voluntad del morador.

a. El verbo entrar requiere un acceso completo a la morada. Es indiferente el lugar por el que se accede a la morada, pero no así los medios utilizados, pues de concurrir violencia o intimidación cabría aplicar la agravación prevista en el artículo 202.2 CP.

b. A la conducta de entrar en morada ajena se equipara la de mantenerse en la morada contra la voluntad del morador. Se trata de un comportamiento de naturaleza

omisiva donde el sujeto activo contraviene la orden del sujeto pasivo de abandonar la morada.

Para que la entrada o permanencia en la morada ajena resulten típicas deben realizarse *contra la voluntad*, expresa o tácita, *del morador*. El tipo no queda excluido, en cambio, en los casos de consentimiento presunto, pues ello equivaldría a equiparar la ausencia con la presencia de consentimiento (Hernández Plasencia).

Un problema particular se presenta cuando son varios moradores. En principio, todos los moradores están legitimados para permitir o negar la entrada a alguien, pero resulta problemático determinar qué consentimiento prevalece cuando hay voluntades contrapuestas. Suele considerarse que prevalece el derecho de quien niega la entrada o, expresado de otra manera, si el sujeto activo entra o permanece en una morada constándole la oposición de un morador, aunque otro morador consienta, comete el delito, en la medida en que ello supone un ataque a la intimidad del morador que no consiente la entrada o permanencia en la morada (Muñoz Conde, Hernández Plasencia).

También plantean problemas los casos de entrada engañosa, esto es, aquellos supuestos en que se entra en la morada para un fin distinto al autorizado por el morador (por ejemplo, un vendedor de libros que pretende atacar sexualmente al morador). Un sector de la doctrina considera que estos casos en que la voluntad del morador está viciada por el engaño realizan el tipo del allanamiento de morada (Muñoz Conde), mientras que otro sector, a nuestro entender con mejor criterio, entiende que no se da el tipo, pues el morador da su consentimiento para que el sujeto entre, con lo que no hay vulneración de la intimidad. El engaño que produce un error en los motivos es irrelevante a estos efectos (Hernández Plasencia).

El *objeto material del delito* lo constituye la morada. El Código penal no define la morada y no puede identificarse con otros conceptos, como el de domicilio, que se define en el art. 40 del Código civil como el lugar de residencia habitual de las personas naturales, pues, como enseguida veremos, la morada no exige la habitualidad en la residencia. Por otro lado, algunos autores, para definir la morada, parten del concepto de casa habitada que ofrece el art. 241.2 CP a efectos de aplicación de los tipos agravados de robo en casa habitada (Castiñeira Palou). Pero, a nuestro modo de ver, el concepto de morada es más amplio que el de casa habitada, de manera que aunque toda casa habitada es una morada, no toda morada cumple los requisitos propios de la casa habitada.

El concepto de morada ha sido elaborado por la doctrina y la jurisprudencia y se caracteriza por las siguientes notas: lugar cerrado o en parte abierto, habitable y habitado legítimamente con carácter permanente u ocasional. A continuación analizaremos estas tres características del concepto de morada.

1) Lugar cerrado o en parte abierto. La morada debe acoger la intimidad de quienes habitan en ella, pero para ello no tiene que tratarse necesariamente de un espacio totalmente cerrado, si bien su estructura debe permitir un aislamiento del exterior. Es irrelevante que en el momento de perpetrarse el allanamiento la morada sea accesible (por estar, por ejemplo, la puerta abierta) para determinar la existencia de delito.

2) Lugar habitable y habitado permanente u ocasionalmente. La morada debe ser un lugar habitable, en el sentido de que debe reunir las condiciones mínimas para poder desempeñar en ella actividades propias de la vida privada y aunque sea en

condiciones miserables (chabolas, cuevas). No pertenecen a la morada lugares como jardines, portales, escalera y patios comunes.

Es irrelevante el carácter móvil o no de la morada, pues esta no se identifica con inmuebles. Así la jurisprudencia ha admitido el delito de allanamiento de morada en relación con caravanas o tiendas de campaña.

El concepto de morada no requiere que los moradores habiten permanentemente en ella, quedan incluidas así las segundas residencias. Se considera incluso que los camarotes de barco y trenes e incluso las habitaciones de hotel tienen la condición de morada.

Si bien es cierto que para que exista morada es preciso que esté habitada, no es necesario que el morador se encuentre presente en ella en el momento de producirse el allanamiento, pues el bien atacado por el allanamiento es la intimidad domiciliaria y no los concretos actos que, en la intimidad, realice o pueda estar realizando el morador.

3) Legitimidad del uso. El título por el que se mora es indiferente (propiedad, arrendamiento...), pero no puede considerarse morada el lugar en el que alguien ilegítimamente se introduce haciéndola su morada (por ejemplo cometiendo el delito de usurpación), ni tampoco aquellos lugares en que el uso legítimo no va acompañado de la facultad de exclusión (por eso las celdas de un centro penitenciario no constituyen morada).

b. Tipo subjetivo

El allanamiento de morada solo admite su comisión dolosa, esto es, conciencia y voluntad de que se entra o permanece en morada ajena contra la voluntad de su morador. Si el sujeto cree erróneamente que cuenta con el consentimiento del morador, incurrirá en un error sobre un elemento del tipo, con lo que quedará excluido el dolo y la conducta será impune.

c. Grados de ejecución

El delito se consuma en el momento en que el sujeto activo ha introducido todo su cuerpo dentro de la morada o se ha mantenido en ella por un tiempo más allá del necesario para abandonarla después de conocer la voluntad en tal sentido del morador. La doctrina y la jurisprudencia admiten la tentativa (solo en la modalidad activa, no en la omisiva que se consuma instantáneamente desde el momento en que se permanece contra la voluntad del morador).

d. Autoría y participación

No existe ninguna restricción en cuanto a la apreciación de las diversas formas de autoría y participación en el delito de allanamiento de morada.

e. Penalidad

El tipo básico del delito de allanamiento de morada está castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

f. Concursos

En materia de concursos, pueden señalarse los siguientes puntos:

—Existe un único delito aunque sean varios los moradores, pues aunque el bien jurídico protegido tenga naturaleza individual, se protege la intimidad que existe en la morada susceptible de albergar a varias personas que ejerzan allí su vida privada.

—Sí hay concurso de delitos cuando sean varias las moradas allanadas y el morador de ellas sea una misma persona o cuando se realicen varios allanamientos en diferentes momentos en una misma morada. No cabe apreciar la figura del delito continuado.

—Al ser un tipo penal alternativo la doctrina aprecia un concurso de leyes cuando se realizan las dos modalidades delictivas de entrar y permanecer en la morada en contra de la voluntad del morador.

—Si al cometer el allanamiento se produce algún resultado de lesiones, muerte, agresión sexual o detención ilegal cabrá apreciar un concurso de delitos, que será real o medial en función de si se allanó para cometer el delito o surgió este tras o con ocasión del allanamiento.

—En el caso de robo con fuerza en las cosas en casa habitada (art. 241) tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia han venido apreciando un concurso de leyes con el allanamiento, aplicando el robo en casa habitada en virtud del principio de consunción, aunque también se invocan el principio de especialidad y el de alternatividad (Hernández Plasencia).

—Por lo que respecta a las relaciones entre el robo con violencia o intimidación y el allanamiento de morada, antes de la reforma del CP operada por LO 5/2010 debía aplicarse un concurso de delitos entre ambos. Al introducirse un tipo agravado de robo con violencia o intimidación en casa habitada en la citada reforma (art. 242.2), corresponde apreciar un concurso de leyes y castigar solo por el tipo agravado de robo con violencia o intimidación, en virtud del principio de consunción.

2. Tipo agravado por violencia o intimidación

Según el artículo 202.2 CP si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis meses a dos años.

El fundamento de la agravación reside en la potencialidad que posee la acción violenta para causar lesiones a otros bienes jurídicos del sujeto pasivo y por tanto la mayor penalidad estaría proporcionada al despliegue de mayor energía criminal (Hernández Plasencia).

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la violencia o la intimidación ejercidas tienen un carácter específicamente instrumental: han de utilizarse para perpetrar el allanamiento y no solo con ocasión de él. Por eso es necesario que el ejercicio de la violencia o intimidación esté encaminado a procurar el acceso o permanencia en la morada contra la voluntad del morador y no al revés, cuando se penetra en la morada con el propósito de intimidar o ejercer violencia sobre algún morador.

También hay que delimitar el contenido de la violencia. La doctrina mayoritaria considera que en la violencia solo queda comprendido el ejercicio de fuerza física sobre las personas.

Por el contrario, tradicionalmente un sector doctrinal y la jurisprudencia han mantenido que la violencia comprendía no solo la fuerza física ejercida sobre las personas, sino también la fuerza en las cosas para consumir la acción delictiva. Así, el Tribunal Supremo ha apreciado el tipo agravado de allanamiento cuando éste tuvo lugar mediante la fractura de la puerta (véase STS de 28 de octubre de 1991).

La intimidación se traduce en la amenaza de un mal grave que doblegue la voluntad del morador para franquearle la entrada o para evitar la resistencia a la permanencia.

III. ALLANAMIENTO DE DOMICILIOS DE PERSONAS JURÍDICAS Y ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

1. Tipo básico

El anterior Código penal solamente tipificaba el allanamiento de morada de un particular, planteándose el problema de las entradas indebidas en el domicilio de las personas jurídicas. La jurisprudencia relacionada con el antiguo Código penal incluyó dentro del concepto de morada el despacho profesional, los bufetes y las oficinas, desnaturalizando y ampliando el concepto de morada. Ahora el Código penal tipifica de forma expresa estas otras conductas.

La estructura que presenta el artículo 203 es semejante a la del allanamiento de morada, con un tipo básico y otro cualificado por el ejercicio de violencia o intimidación.

Por lo que se refiere al objeto material, el artículo 203.1 castiga la entrada en:

- a) domicilios de personas jurídicas, públicas o privadas
- b) despachos profesionales u oficinas
- c) establecimientos mercantiles o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura.

Sujeto activo puede ser cualquiera. Sujeto pasivo es el titular del domicilio, despacho o local.

La acción típica consiste en entrar en los domicilios o establecimientos contra la voluntad de su titular. Conforme al art. 203.1 solo es punible la entrada, (y no la permanencia que sería constitutiva de la falta del artículo 635) contra la voluntad del titular del domicilio.

La entrada indebida en establecimientos mercantiles o locales abiertos al públicos solo constituye delito cuando se realiza fuera de las horas de apertura y, por tanto, mientras el local o establecimiento están abiertos no es posible la comisión del delito, pues no se atenta contra intimidad alguna. Aunque exista un derecho de admisión —facultad del titular de no admitir a determinadas personas— en aquellos locales o establecimientos a los que en principio puede acceder cualquiera, su infracción no implica vulneración de la intimidad (Castiñeira Palou).

2. Tipo agravado

El allanamiento de los domicilios, despachos o locales también se agrava cuando se emplea violencia o intimidación, de acuerdo con el art. 203.2. Corresponde entonces imponer la pena de prisión de seis meses a tres años.

Interesa resaltar que en el art. 203.2 resultan típicas tanto la entrada o permanencia contra la voluntad del morador, cuando se empleen violencia o intimidación, y tanto se si realiza la conducta en horas de apertura como fuera de ellas. No estamos, por tanto, ante un auténtico tipo agravado del previsto en el art. 203.1, pues se incorporan nuevas modalidades de conducta.

IV. TIPO AGRAVADO COMÚN POR LA CONDICIÓN DE AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO DEL SUJETO ACTIVO

El artículo 204 CP establece una penalidad agravada para la autoridad o funcionario público que cometiera cualquiera de las conductas previstas en los artículos 202 y 203, es decir, el allanamiento de la morada o de domicilios o locales abiertos al público, con o sin violencia o intimidación, siempre que se realizaran fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito. La pena prevista para el funcionario o autoridad es la misma que para el particular, pero impuesta en su mitad superior, añadiéndose la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

El fundamento de la agravación no radica en la condición personal del sujeto activo, sino en prevalerse del cargo público que ostenta para cometer el delito, es decir, actuando como particular, no en el ejercicio de sus funciones públicas, pero prevaleciéndose de la condición de ser autoridad o funcionario. Por consiguiente, los supuestos en que el allanamiento lo realiza una autoridad o funcionario sin prevalimiento se castigarán conforme a lo previsto en los artículos 202 y 203, pues en realidad actúan de idéntica forma que los particulares (Hernández Plasencia).

Pero además del abuso del cargo, el artículo 204 exige que el allanamiento se produzca fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa legal por delito.

Para aplicar el art. 204 el funcionario debe cometer los hechos, como es obvio, fuera de los casos permitidos por la ley. La entrada será legal, de acuerdo con el art. 18.2 CE, si hay consentimiento del titular, resolución judicial o delito flagrante, de conformidad con lo establecido en los arts. 545 y ss. de la LECrim. Por otra parte, de acuerdo con el art. 21.3 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, “será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad”.

Si media causa por delito (es decir, si la autoridad o funcionario público está investigando judicialmente un delito) y no se respetan las garantías constitucionales o legales, se cometería un delito distinto, el delito previsto en el art. 534. 1. 1.º (donde se tipifica el delito cometido por la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales, entre en un domicilio sin el consentimiento del morador).

V. LA FALTA DEL ARTÍCULO 635 CP

En el art. 635 CP, entre las faltas contra el orden público, se tipifica la conducta de mantenerse contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público. Las penas previstas son la localización permanente de dos a diez días o multa de uno a dos meses.

Se recoge, exclusivamente, el mantenerse (la permanencia) en los lugares que se mencionan en el art. 635, pero sin emplear, nunca, la violencia ni la intimidación

(ya que si se emplean estaremos ante el delito del art. 203. 2, ya estudiado) siempre que esa permanencia contra la voluntad del titular del establecimiento se efectúe fuera de las horas de apertura. En consecuencia, se parte de que el sujeto entra lícitamente, dentro de las horas de apertura y permanece dentro tras producirse el cierre de los establecimientos.

LECCIÓN 16*

DELITOS CONTRA EL HONOR

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra el honor están regulados en el Título XI del Libro II (arts. 205 a 216 CP). En el Capítulo I se regula el delito de calumnia, en el Capítulo II el delito de injuria y en el Capítulo III se recogen una serie de disposiciones comunes a los delitos contra el honor. También existe una falta de injurias leves que se regula en el art. 620.2ª. La calumnia siempre es delito.

II. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: CONCEPTO DE HONOR

El art. 18.1 CE reconoce el honor como derecho fundamental. Por ello, existe en relación con estos delitos una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (el art. 41 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece que los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional –en estos casos procede, por tanto, el recurso de amparo constitucional–).

Existe gran polémica en la Ciencia del Derecho penal a la hora de precisar el contenido del concepto de honor. Al respecto puede distinguirse entre concepciones fácticas, normativas y fáctico-normativas del honor (Laurenzo Copello). Las *concepciones fácticas* parten de la tradicional distinción entre honor subjetivo (la autoestima o sentimiento personal de propia valía) y el objetivo (la consideración o estima de la que goza una persona en la vida social, esto es, en su reputación social). Las *concepciones normativas* vinculan el honor a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad. Las *concepciones fáctico-normativas* se atienen a las teorías normativas en lo relativo a la esencia del honor –que permanece situada en la dignidad personal– pero vuelven la vista a la realidad social, al plano fáctico, para graduar el alcance concreto del bien jurídico. En opinión de sus seguidores, la combinación de elementos normativos y fácticos permite cumplir con el mandato derivado del principio de igualdad –en tanto se garantiza a todas las personas un mínimo de honor– sin desconocer por ello que, en la práctica, el merecimiento de tutela de este bien jurídico puede variar en función de la forma e intensidad de participación de cada uno en la vida social o del grado de cumplimiento de los deberes ético-sociales. Esta idea se traduce en la ya clásica distinción entre un aspecto estático del honor –así denominado porque al fundarse en la dignidad permanece inalterable sean cuales fueren las circunstancias de cada persona– y otro dinámico, variable por su propia naturaleza, que encuentra su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad (Muñoz Conde).

Siguiendo la terminología utilizada para clasificar las distintas opiniones doctrinales acerca de la delimitación del bien jurídico “honor”, en el *concepto de injuria del art. 208 CP* (se la define como “la acción o expresión que lesionan la

* Belén Mayo Calderón

dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”) queda patente que el honor presenta dos aspectos:

- a) Un aspecto normativo, que se vincula con la dignidad humana, inherente a toda persona (art. 10.1 CE).
- b) Un aspecto fáctico, que se vincula a la autoestima (la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su valía y su prestigio) y a la fama o reputación social (que viene dada por el juicio que de una persona tienen los demás).

A mi juicio, con el llamado por la doctrina “aspecto normativo” se hace referencia a la delimitación del *bien jurídico* “honor”. El concepto de honor se vincula a la dignidad humana, por lo que aparece como un atributo de la personalidad que corresponde por igual a cualquier ser humano por el hecho de serlo, por su condición de ser racional. Por el contrario, el llamado “aspecto fáctico” hace referencia a la delimitación del *objeto* (inmaterial) *del bien jurídico*: la autoestima y la fama o reputación social.

Como señala Lorenzo Copello, el honor aparece así como el derecho de toda persona a ser respetado por los demás, sin verse sometido a actos despectivos o de menosprecio derivados de sus opciones vitales o de las circunstancias de cada uno. Ahora bien, como señalaré a continuación, en mi opinión, las circunstancias fácticas de cada individuo sirven para graduar la gravedad de la lesión al bien jurídico, fundamental para distinguir entre el delito y la falta de injuria.

La concepción mantenida acerca del bien jurídico “honor” influye en la delimitación del *sujeto pasivo del delito*.

Así, se ha discutido si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de las infracciones contra el honor. Al respecto, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia (SsTC 214/1991; 176/1995; 183/1995) considera que el derecho al honor no solo debe reconocerse a las personas físicas, sino también a las jurídicas. Sin embargo, entendido el honor en el sentido expuesto, como equivalente a dignidad, sujeto pasivo solo puede ser la persona física y no la persona jurídica o los entes supraindividuales (en este sentido se manifestó la STC de 107/1988, de 8 de junio, que sostuvo que “el honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista. El honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas”). Eso sí, puede ocurrir que el atentado al crédito o la fama de la persona jurídica trascienda a los propios componentes de la entidad, vulnerando su propio honor, pudiendo entonces constituir esa conducta un delito contra el honor que afecta a las personas físicas que componen esos órganos.

En los arts. 496 y 504 se castiga la conducta de injuriar a diversas Instituciones (Cortes Generales, Asamblea de una Comunidad Autónoma, Gobierno de la Nación, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional...). Sin embargo, el bien jurídico en estos delitos no es el honor tal y como lo hemos definido. En estos delitos se tutela, en mi opinión, un bien jurídico colectivo, que vendría delimitado por la función que estas instituciones desempeñan en la sociedad.

Otra cuestión que se ha venido debatiendo es si las personas fallecidas pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. En mi opinión, tal y como hemos entendido el honor (el honor se vincula a la dignidad de la persona) los difuntos no podrán ser sujeto pasivo de estos delitos, puesto que ya no tienen la condición de personas. El honor se extingue con la muerte (“*mors omnia solvet*”) en tanto es un

derecho de la personalidad. Las ofensas al respeto debido a la memoria de los muertos podrán castigarse solo cuando contemporáneamente ataquen al honor de los vivos (Rodríguez Devesa-Serrano Gómez). Por otra parte, desde el punto de vista del fundamental principio de intervención mínima, no hay que olvidar que el bien jurídico “honor” es protegido también por el Derecho civil. En este sentido, la Ley Orgánica 1/82, de 5 de Mayo, de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad Personal y familiar y a la Propia Imagen protege civilmente el honor de las personas fallecidas.

III. LA INJURIA

1. La tipicidad

1.1. Sistematización de las figuras delictivas

En el ámbito de las injurias existen las siguientes infracciones penales:

1. El tipo básico del delito de injuria, regulado en los arts. 208 y 209, segundo inciso.
2. El tipo agravado del delito de injuria (las injurias hechas con publicidad), regulado en el art. 209, primer inciso.
3. El tipo básico de la falta de injuria (art. 620.2º, primer párrafo).
4. El tipo agravado de la falta de injurias, que se aplica cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 (art. 620.2º, tercer párrafo).

1.2. Clases de injurias

El art. 208 CP hace referencia a las distintas clases de injurias (“es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”).

Si atendemos a estos términos, será difícil admitir la omisión en las injurias. En este sentido, algunos autores rechazan la posibilidad de la omisión en las injurias. Por el contrario, otro sector doctrinal considera que, en determinadas circunstancias, es posible la omisión. Así, podrían constituir injurias por omisión ciertas actitudes como omitir los títulos académicos o profesionales en una sesión pública o negar el saludo a una persona. En mi opinión, como han señalado algunos autores (Laurenzo Copello) si bien no está conceptualmente descartada la posibilidad de lesionar el honor mediante un comportamiento omisivo, hay que tener en cuenta que estas conductas revisten en general una escasa entidad, circunstancia que en la práctica hará difícil concederles la gravedad necesaria para que quede constituido el delito de injuria del art. 208 CP. En todo caso podría aplicarse la falta del art. 620.2º.

Así pues, la conducta típica puede consistir en una “acción” o en una “expresión”.

a) *Injurias consistentes en acciones*

Estas injurias pueden consistir en hechos corporales (por ejemplo, escupir a una persona) o en la realización de determinados gestos despectivos o procaces (por ejemplo, sujetarse los órganos sexuales y de esta forma dirigirlos a otra persona).

b) Las *injurias consistentes en expresiones* (que pueden ser verbales o realizadas por escrito o de un modo simbólico, por caricaturas o emblemas) pueden ser de dos tipos:

b.1. *Injurias consistentes en juicios de valor*. Consisten en expresar opiniones o valoraciones negativas o despectivas sobre una persona. Los juicios y opiniones no son ni verdaderos ni falsos, quedando al margen de posibles constataciones fácticas. Así, por ejemplo, constituyen injurias de este tipo llamar a alguien “personajillo, cacique y lameculos” (STC de 28 de febrero de 2005), “maricón y estúpido” (STS de 21 de febrero de 2001) o “desleal, traidor y farsante” (sentencia del Juzgado de lo penal nº 6 de Madrid de 11 de junio de 2008, que condenó al periodista Federico Jiménez Losantos por un delito continuado de injurias contra el entonces alcalde de Madrid, Alberto Ruiz-Gallardón).

b.2. *Injurias consistentes en la imputación de hechos*. Al contrario de lo que ocurre con los juicios de valor, de los hechos imputados sí puede afirmarse que son verdaderos o falsos. Por ejemplo, constituye una injuria de este tipo la que consiste en acusar a Ruiz-Gallardón de no querer investigar el 11-M (sentencia del Juzgado de lo penal nº 6 de Madrid de 11 de junio de 2008).

Esta distinción es importante, puesto que, como veremos a continuación, el Código penal establece para las injurias consistentes en imputación de hechos un criterio de delimitación entre el delito y la falta adicional al establecido para el resto de las injurias. Por otra parte, en el ámbito de la antijuridicidad hay que tener en cuenta que si se trata de una injuria consistente en un juicio de valor el derecho que colisiona con el honor es el derecho a la libertad de expresión, mientras que si se trata de una injuria que consiste en la imputación de un hecho el derecho que colisiona con el honor es el derecho a la libertad de información y los criterios que exige la jurisprudencia para afirmar que puede aplicarse la causa de justificación del art. 20.7 (lo que permite afirmar que la conducta que lesiona el honor es típica pero no antijurídica) son distintos según se trate de uno u otro derecho. Como señala el Tribunal Constitucional (SsTC 104/1986, de 17 de julio; 4/1996, de 19 de febrero; 144/1998, de 30 de julio o 49/2001, 26 de febrero), es necesario distinguir entre la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la diligencia en la averiguación de la verdad, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, puesto que se exige que la información sea veraz.

1.3. La diferencia entre el delito y la falta

1.3.1 La gravedad de las injurias como criterio de delimitación entre el delito y la falta (párrafo segundo del art. 208 CP)

En primer lugar es necesario recordar que, como ocurre en todos los delitos, solo será típica la acción o expresión que tenga un significado objetivamente ofensivo. El simple deseo de ofender, materializado en actos inocuos, no constituye injuria. Para que la conducta constituya un ilícito penal (delito o falta) es necesario que tenga una entidad suficiente para lesionar, según las concepciones sociales vigentes, la dignidad de una persona menoscabando la fama o atentando contra la propia estimación.

Una vez que nos encontramos en el ámbito de lo ilícito penal es necesario distinguir entre el delito y la falta. Al respecto, el párrafo segundo del art. 208 CP indica que "solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves". Por lo tanto, la gravedad de las injurias, constatada con arreglo a criterios valorativos, es el criterio diferenciador entre el delito (art. 208 CP) y la falta de injurias (art. 620. 2º CP): las injurias graves constituyen delito y las injurias leves constituyen falta.

Para constatar la gravedad de la injuria es necesario, en mi opinión, acudir a un criterio objetivo-subjetivo. Habrá que partir de lo que para un espectador objetivo considera la sociedad como grave, pero este criterio tendrá que ser matizado atendiendo a las circunstancias personales de cada individuo: ámbito geográfico donde se realiza la injuria, edad de los sujetos, circunstancias entre el sujeto activo y pasivo, etc.

Por otra parte, es necesario destacar que el criterio de la gravedad sirve para distinguir el delito de la falta tanto si se trata de injurias que consisten en juicios de valor como si se trata de injurias que consisten en la imputación de hechos. Como señala Lorenzo Copello, también las injurias consistentes en la imputación de hechos han de pasar este primer filtro normativo, pudiéndose excluir sin más el delito si, por su naturaleza, efectos o circunstancias, las injurias no son adecuadas para afectar de modo especialmente significativo la fama o autoestima de las personas.

Eso sí, no hay que olvidar que éste es un criterio relativo a la tipicidad: sirve para distinguir el tipo del delito del tipo de la falta. Por lo tanto, si la injuria que consiste en un juicio de valor (a las que consisten en imputación de hechos me referiré en el apartado siguiente) es tenida en el concepto público como grave se dará el tipo del delito, pero la conducta podrá no ser antijurídica si se dan los requisitos de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (al respecto, véase el apartado dedicado a la antijuridicidad).

La jurisprudencia, si se trata de injurias que consisten en juicios de valor, suele inclinarse por la calificación de falta. Así, por ejemplo, los insultos de "personajillo, cacique y lameculos" realizados por un concejal en un pleno municipal son calificados por la SAP de Badajoz de 19 de marzo de 2001 como una falta de injurias del art. 620.2º (el TC desestima la demanda de amparo en la STC de 28 de febrero de 2005). Si se trata de injurias que consisten en la imputación de hechos, la gravedad depende de la clase de hecho que se imputa. Así, la sentencia del Juzgado de lo penal de Madrid de 11 de junio de 2008 considera gravemente injurioso manifestar que "el alcalde de Madrid ha obstaculizado la investigación del 11-M, queriendo que salgan impunes los autores de 192 asesinatos".

1.3.2. El criterio para distinguir entre el delito y la falta en las injurias que consisten en la imputación de hechos: la falsedad subjetiva (párrafo tercero del art. 208 CP)

El párrafo tercero del art. 208 CP señala que “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. De esta manera, en las injurias que consisten en la imputación de hechos el legislador supedita la calificación como delito a una ulterior exigencia subjetiva: es necesario que el sujeto actúe con *falsedad subjetiva*, es decir, que impute el hecho pensando que es falso o, en el supuesto de que crea que puede ser falso, lo impute sin hacer las comprobaciones oportunas para comprobar si es o no falso. La falsedad a la que se refiere el legislador es una falsedad subjetiva porque se está haciendo referencia a la actitud del sujeto activo frente a la verdad. La injuria será delito y no falta cuando el sujeto obra con el convencimiento de que lo que está diciendo es falso o cuando el sujeto piensa que lo que está diciendo puede ser falso (no ha contrastado la solvencia de las fuentes o sabe que la información no es fiable) pero, aun así, lo imputa.

De este modo, si las injurias que consisten en la imputación de hechos son consideradas en el concepto público como graves y además son realizadas con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad son constitutivas de un delito de injurias. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid de 11 de junio de 2008 considera gravemente injurioso manifestar que el alcalde de Madrid ha obstaculizado la investigación del 11-M y, además, considera que el periodista que imputa este hecho lo hace con conocimiento de su falsedad. Por ello, lo considera autor de un delito de injurias graves con publicidad (art. 209 y 211 en relación con el art. 208).

Eso sí, hay que tener en cuenta que este es un criterio que se aplica después del anterior (como ya he señalado, las injurias que consisten en imputación de hechos también tienen que pasar por el filtro normativo relativo a la gravedad), pero actuando como restrictivo de este. Así, las injurias que consisten en la imputación de hechos serán consideradas falta (art. 620.2º) si no son tenidas en el concepto público como graves pero también si, aun siendo consideradas en el concepto público como graves, no se realizan con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad, es decir, se realizan con veracidad subjetiva (el sujeto piensa que lo que está diciendo es verdadero, después de realizar las comprobaciones oportunas, aunque esté equivocado y los hechos imputados sean objetivamente falsos).

Por tanto, si el autor cree que lo que imputa es verdadero y tiene pruebas suficientes para pensar de tal manera, es decir, existe un fundamento probatorio razonable (aunque se demuestre que estaba equivocado y que lo imputado es falso) no se dará el tipo del delito (art. 208) pero sí el tipo de la falta (art. 620.2º). Por ejemplo: un periodista, después de una minuciosa investigación, llega a la conclusión de que una persona ha cometido una infracción administrativa e imputa este hecho, aunque finalmente se demuestra que la imputación era objetivamente falsa. Como en este caso no se ha imputado el hecho con “temerario desprecio por la verdad”, no se dará el tipo del delito, pero sí de la falta.

Ello es así, en mi opinión, porque en las injurias que consisten en la imputación de hechos el legislador ha resuelto el conflicto de intereses que se plantea entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor en sede de tipicidad, considerando que si no se da el requisito de la veracidad subjetiva el derecho a la libertad de expresión no puede prevalecer sobre el derecho al honor, es decir, no se

puede aplicar la causa de justificación del art. 20.7, de tal manera que la conducta será típica (concurrirá el tipo del delito de injurias) y antijurídica. Como veremos en el apartado dedicado 2.3 (dedicado a antijuridicidad), para que el derecho a la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor es necesario que el sujeto tenga conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación, entre los que se encuentra la constatación de que el sujeto que imputa un hecho que lesiona el honor de otra persona ha llevado a cabo las comprobaciones oportunas para llegar a tener el convencimiento de que el hecho que imputa es verdadero, es decir, es necesario constatar que ha existido un fundamento probatorio razonable. Si este elemento subjetivo de la causa de justificación está ausente porque el sujeto ha actuado sin realizar las comprobaciones oportunas para llegar al convencimiento de que el hecho que imputa es verdadero (actúa con temerario desprecio hacia la verdad) o sabiendo que el hecho que imputa es falso la conducta da lugar a la concurrencia del delito de injuria y no puede aplicarse la causa de justificación. En efecto, en este tipo de injurias el legislador ha convertido la ausencia de veracidad subjetiva o, lo que es lo mismo, la falsedad subjetiva, es decir, la ausencia del elemento subjetivo de justificación, en un elemento –subjetivo y negativo– de lo injusto. El legislador resuelve así el conflicto de intereses que se plantea entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información en sede de tipicidad, de tal manera que si el sujeto actúa con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, es decir, con falsedad subjetiva, la conducta es típica (se da el tipo del delito de injuria) y antijurídica. Se trata de un elemento subjetivo porque es el correlato del elemento subjetivo de justificación y negativo porque se configura como la ausencia del elemento subjetivo de justificación. Ello no significa, sin embargo, que el legislador haya admitido la teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que en los supuestos en los que concurre el elemento subjetivo de justificación (el sujeto actúa con veracidad subjetiva) la conducta, aunque no sea antijurídica (si se dan todos los elementos de la causa de justificación) no por ello deja de ser típica: concurre el tipo de la falta de injurias.

Si la injuria que consiste en la imputación de hechos es constitutiva de falta porque, aun siendo tenida en el concepto público como grave, ha sido realizada con veracidad subjetiva, es posible aplicar la causa de justificación del art. 20.7, siempre que se den los demás requisitos de la causa de justificación, es decir, si el hecho se refiere a la vida pública del sujeto y la imputación está dirigida a la formación de la opinión pública libre (véase el apartado dedicado a la antijuridicidad). En estos supuestos, la jurisprudencia considera que la conducta es impune, pudiéndose extraer de sus argumentos que la conducta, aunque típica, no es antijurídica. Así, la STC de 8 de abril de 2002 en un supuesto en el que el periodista actúa con veracidad subjetiva concede el amparo y anula la condena por una falta de injurias por la que había condenado la SAP de Almería de 30 de julio de 1998 al no quedar acreditado que actuara con conocimiento de su falsedad o temerario respeto a la verdad. Concluye la sentencia que “el supuesto analizado se halla próximo al reportaje neutral, en el sentido de que concurren en él todos los elementos esenciales que llevan a excluir la responsabilidad del medio informativo por el contenido de las declaraciones lesivas del honor. Siendo la información divulgada veraz y relativa a un asunto de indudable relevancia pública por los hechos narrados (el centro de la noticia, como ponen de manifiesto los titulares relativos a la aparición de sangre humana en un apartamento y el fuerte golpe en la cabeza que presentaba el cadáver, lo constituye un hecho cierto de indudable relevancia pública, como es un homicidio) no cabe sino concluir que la condena del recurrente, y, por tanto, la sentencia de la

Audiencia Provincial en la que se ha producido, han vulnerado el art. 20.1 d) CE por infringir el contenido constitucional de la libertad en él consagrada, lo que debe conducir a otorgar el amparo solicitado”.

Asimismo, se podrá aplicar la causa de justificación si la injuria que consiste en la imputación de un hecho es constitutiva de falta por no ser tenida en el concepto como grave. Para ello, se deberán dar los requisitos de la causa de justificación, incluido el de la veracidad subjetiva.

1.4. Los hechos imputados (en las injurias que consisten en la imputación de hechos)

Para que la conducta que lesiona el honor constituya un delito de injuria (art. 208 CP) es necesario que los hechos imputados no sean constitutivos de un delito (grave o menos grave) porque si así fuera estaríamos ante un delito de calumnia (art. 205 CP). En efecto, la calumnia consiste en la imputación de un delito (en sentido estricto, es decir, sin incluir las faltas) hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Por lo tanto, el párrafo tercero del art. 208 se refiere a la imputación de una falta, de una infracción administrativa, de un ilícito disciplinario o de cualquier otro hecho.

Asimismo, al igual que ocurre en el delito de calumnia, en la injuria el hecho que se imputa ha de ser concreto y determinado, no bastando las imputaciones genéricas, vagas o ambiguas (por ejemplo, decir que tal sujeto es un ladrón no es una injuria consistente en la imputación de un hecho. Sería, eso sí, una injuria que consiste en un juicio de valor). Eso sí, no se exige que el autor haya utilizado el nombre jurídicamente exacto o la expresión legalmente correcta, es decir, no es necesario que acierte en la calificación jurídica de los hechos (por ejemplo, da igual que el sujeto activo diga que alguien ha cometido un robo cuando en realidad es un hurto).

Por otra parte, las personas hacia las que se dirige la imputación delictiva han de estar identificadas o al menos han de ser identificables, descartándose el tipo si se trata de acusaciones genéricas, no atribuibles a personas concretas.

Por último, por imputación de una falta penal se entiende la conducta típica y antijurídica. Sin embargo, es indiferente que el hecho imputado sea doloso o imprudente, que sea realizado en grado de consumación o en grado de tentativa o que se impute la falta a título de autor o de partícipe.

Así pues, la única diferencia entre la calumnia y la injuria que consiste en la imputación de hechos es que en la calumnia el hecho que se imputa es delito (grave o menos grave) mientras que en la injuria es una falta, un ilícito de otro sector del Ordenamiento jurídico u otro tipo de hecho no ilícito cuya imputación es idónea para lesionar el honor de una persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

1.5. El tipo subjetivo

Para que la conducta sea típica es necesario que el sujeto actúe con dolo, es decir, que tenga conciencia y voluntad de realizar una acción o proferir una expresión que menoscaba la fama de una persona o atenta contra su propia estimación. No se castiga la realización de la conducta por imprudencia.

En relación con el anterior Código penal la opinión dominante exigía para que la conducta fuera típica, además del dolo un elemento subjetivo de lo injusto: el

animus iniuriandi. No era suficiente, para la mayoría de los autores, con que la expresión fuera objetivamente injuriosa y el sujeto lo supiera, sino que requerían un ánimo especial de injuriar. En relación con el actual Código penal la opinión doctrinal está dividida. Algunos autores no exigen el *animus iniuriandi* mientras que otros consideran que es preciso que se dé el citado elemento subjetivo de lo injusto, pues solo si concurre dicho ánimo la expresión proferida o la acción ejecutada lesionan la dignidad de la persona humana.

En mi opinión, solo han de exigirse elementos subjetivos de lo injusto adicionales al dolo cuando sean absolutamente necesarios para delimitar lo injusto penal de lo injusto de otros sectores del ordenamiento jurídico o para delimitar los distintos tipos penales entre sí y ello no es necesario en el delito de injuria. En este delito es posible delimitar la conducta punible atendiendo a su carácter objetivamente injurioso (es necesario que se trate de una conducta idónea para lesionar el honor) y a que el sujeto conozca y quiera llevar a cabo una acción o expresión que lesione el honor de otra persona (menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación) sin necesidad de exigir, como elemento subjetivo de lo injusto adicional y diferente al dolo, el “ánimo de injuriar”. Así, por ejemplo, en los supuestos en que un sujeto actúa “con el ánimo de bromear”, no hay dolo, puesto que el sujeto no tiene conciencia y voluntad de lesionar el honor de una persona.

El citado elemento subjetivo de lo injusto ha sido exigido durante mucho tiempo por la doctrina y la jurisprudencia con base en una construcción que se basaba en la redacción del anterior Código penal y que era anterior a la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a los requisitos que han de exigirse para aplicar la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información y expresión. En mi opinión, la necesidad de exigir este elemento desaparece cuando se avanza en la configuración del que, en mi opinión, es el elemento subjetivo de la justificación: la conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de la justificación, entre los que se encuentra la realización de las comprobaciones oportunas para llegar al convencimiento de que el hecho que se imputa es verdadero (lo que hemos denominado “veracidad subjetiva”). Así lo pone de manifiesto la jurisprudencia, que parece avanzar en la línea de no exigir el *animus iniuriandi* como elemento subjetivo adicional al dolo. Aunque lo sigue exigiendo (véase, por ejemplo, la STS de 24 de enero de 2006) lo hace de una manera más formal que material, es decir, sin atribuirle una verdadera relevancia en la interpretación del delito. Así, por ejemplo, las SsTC de 12 de julio de 2004 y 28 de febrero de 2005 y la Sentencia del Juzgado de lo penal nº 6 de Madrid de 11 de junio de 2008 ponen de manifiesto que “la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos”. Otras sentencias, como, por ejemplo, la SAP de Castellón de 15 de enero de 2001 dicen que ha sido desterrada del nuevo Código la teoría del *animus iniuriandi*.

El problema que plantea ahora la actual redacción del art. 208, párrafo tercero, relativo a las injurias que consisten en la imputación de hechos, es el sentido dogmático que hay que atribuir a la expresión “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Al respecto, la doctrina mayoritaria – en este sentido, por ejemplo, Castiñeira Palou– considera que la exigencia legal relativa al conocimiento de la falsedad o al temerario desprecio hacia la verdad es una referencia al dolo – “con conocimiento de su falsedad” –, con expreso reconocimiento del dolo eventual – “con temerario desprecio hacia la verdad” –. Por

el contrario, en mi opinión, como ya he señalado, el dolo en el delito de injuria consiste en la conciencia y voluntad de realizar una acción o proferir una expresión que menoscaba la fama de una persona o atenta contra su propia estimación (el dolo no abarca, en mi opinión, la lesión del bien jurídico: el honor).

Otro sector doctrinal (Laurenzo Copello) considera que el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad son elementos subjetivos de justificación.

Como ya he señalado, a mi juicio, “el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad” expresa *la ausencia* del elemento subjetivo de justificación en las injurias que consisten en la imputación de hechos. En efecto, en este tipo de injurias el legislador ha convertido la ausencia de veracidad subjetiva o, lo que es lo mismo, la falsedad subjetiva, es decir, la ausencia del elemento subjetivo de justificación, en un elemento –subjetivo y negativo– de lo injusto, que sirve para delimitar el delito y la falta de injuria.

1.6. El tipo agravado: las injurias hechas con publicidad

Según el art. 209 CP, si las injurias graves (las que constituyen delito y no falta) son hechas con publicidad se agrava la pena. El fundamento de la mayor gravedad de la injuria hecha con publicidad reside en la mayor lesividad del honor, por la mayor divulgación y el público conocimiento de la injuria.

El art. 211 CP define cuándo una injuria se entiende hecha con publicidad: se reputan hechas con publicidad las que se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante (por ejemplo, un mitin o internet).

2. La antijuridicidad: las causas de justificación aplicables en estos delitos

2.1. El consentimiento de la víctima

Un sector doctrinal (Cerezo Mir) considera que el honor es un bien jurídico disponible, pero el Código penal no protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, por lo que el consentimiento de la víctima en los delitos contra el honor es causa de justificación y no es causa de exclusión del tipo. Al respecto, Vives Antón señala que si el honor se define como correlato de la dignidad humana, el consentimiento es causa de justificación y no de atipicidad. Pese al consentimiento, la lesión de la dignidad puede subsistir y, por lo tanto, la conducta será típica, sin perjuicio de que se halle justificada. Muñoz Conde considera que ello es confirmado por el legislador, al considerar a la injuria como delito perseguible a instancia de parte.

Por el contrario, otro sector doctrinal (Laurenzo Copello) opina que el consentimiento del sujeto pasivo excluye el tipo.

2.2. La legítima defensa (art. 20.4 CP)

En los delitos contra el honor ha venido siendo admitida la legítima defensa, ya que tanto el art. 8.4 del Código penal anterior como el art. 20. 4 del Código penal de 1995 aluden claramente a obrar “en defensa de la persona o derechos”, entre los que no puede negarse el derecho al honor.

Eso sí, no debe confundirse la legítima defensa con la retorsión. La retorsión es la réplica injuriosa al ataque verbal injurioso una vez que este ha cesado. Al cesar el ataque verbal, la agresión ilegítima ya no sería actual, y, por tanto, ya no puede hablarse de legítima defensa. Eso sí, como señala Lorenzo Copello, ello no ha impedido que se proponga la atenuación de la pena en tales casos, bien sea por la más que posible concurrencia de un arrebató u obcecación (art. 21. 3 CP) o por criterios vinculados a una menor exigibilidad de la conducta (STS de 20 de junio de 1982).

2.3. El ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP): la libertad de expresión e información

En la práctica se dan muchos supuestos en los que se produce una colisión entre el derecho al honor (art. 18. 1 CE) y el derecho a la libertad de expresión (art. 20. 1. a CE) o el derecho a la libertad de información (art. 20. 1. d CE). Ello es habitual, por ejemplo, en el ejercicio de la profesión de periodista o abogado. En estos casos la conducta típica (delito o falta de injurias) no será antijurídica si se dan todos los elementos de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (si se trata de una injuria que consiste en una expresión) o a la libertad de información (si se trata de una injuria que consiste en la imputación de un hechos), es decir, si se dan todos los requisitos para aplicar la causa de justificación del art. 20.7 CP.

Los requisitos necesarios para aplicar la causa de justificación del art. 20.7 (cuya concurrencia determina la existencia de un ejercicio “legítimo” de la libertad de expresión o información) han sido precisados por una amplia doctrina del Tribunal Constitucional.

En relación con las injurias que consisten en juicios de valor, el TC ha señalado que para aplicar la causa de justificación del art. 20.7 del ejercicio legítimo a la libertad de expresión (art. 20.1 a) CE) es necesario que se den los siguientes requisitos:

1º.-*Es necesario que el ámbito sobre el que recae la libertad de expresión se halle constituido por la vida pública.* Por lo tanto, ha de tratarse de personas con relevancia pública. Si se afecta exclusivamente a la esfera privada, la lesión del honor difícilmente puede quedar justificada. Como señala el TC, la libertad de expresión se presenta vinculada al principio democrático de defensa de las bases democráticas del Estado de Derecho, lo que en nada afecta a la vida íntima y privada de las personas. La eficacia de la protección constitucional se debilita en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público.

2º.-*Es necesario que la libertad de expresión esté al servicio de la opinión pública libre,* garantizándola como institución indisolublemente ligada al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático. Solo se pueden justificar las intromisiones en el derecho al honor que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general (en este sentido véase, por ejemplo, la STS de 28 de enero de 2005, citando a la STS de 12 de noviembre de 1990). Como señala la STS de 31 de octubre de 2005 (citando a la STS de 26 de abril de 1991) la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado que reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y que, consecuentemente, no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando este aparezca como un interés

preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.”.

3º.- Por último, *el Tribunal Constitucional exige que el ejercicio de la libertad de expresión sea necesario y proporcionado*. No es legítimo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión si se utilizan expresiones manifiestamente injuriosas innecesarias para lo que se desea manifestar. Las expresiones han de ser necesarias para la formación de la opinión pública. Como señala el TS (SsTS de 14 de febrero de 2001, 17 de enero de 2000 y 15 de septiembre de 2003), la Constitución no reconoce el derecho al insulto. Es decir, no están justificadas las expresiones indudablemente injuriosas que carezcan de interés público, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición, es decir, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa o sean innecesariamente hirientes para la dignidad y el honor de la persona afectada”. A los personajes públicos –dice el TC– se les puede criticar más ampliamente que a un particular, pero no insultar.

Así, por ejemplo, en la STC de 28 de enero de 2005, en un caso en que un concejal le dijo a otro “personajillo, cacique y lameculos” por tener interés personal en la renovación de un convenio, el Tribunal Constitucional confirma la condena por falta de injurias poniendo de manifiesto que “no concurre una legítima expresión de opiniones con respecto a la actuación del concejal en cuanto las imputaciones realizadas eran objetivamente vejatorias y no aparecían como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto, sino como frases netamente despectivas, sin que el derecho a la libertad de expresión cubra los apelativos formalmente injuriosos o las frases de descalificación personal que no tienen otro objeto que la deslegitimación y el ataque al ofendido. Las manifestaciones realizadas en el Pleno municipal por el ahora demandante de amparo constituyen, indudablemente, un ataque a la reputación del entonces director de la residencia de ancianos, y no tenían otro objeto que atacar a este, en cuanto nada tenían que ver con el asunto que en el Pleno se estaba debatiendo, que era la toma de decisión sobre la encomienda o no a la Junta de Extremadura de la gestión de la residencia de ancianos, y no la evaluación del desempeño que su director venía realizando. Tampoco se expusieron como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto. Fueron simples frases despectivas desconectadas de cualquier razonamiento que las explicase o justificase. El empleado municipal, además, no estaba participando directa y personalmente en el debate en cuanto, como es obvio, no formaba parte del Pleno. Por todas estas razones, es claro que los epítetos empleados constituyeron un ejercicio desmesurado y exorbitante de la libertad de expresión” (la referida sentencia cita la STC 11/2000, de 17 de enero).

En relación con la aplicación de los requisitos exigidos para aplicar la causa de justificación, la citada STC de 28 de enero de 2005 (citando a su vez la STS de 5 de mayo de 2000) dice que “para determinar si se aplica la causa de justificación hay que tener en cuenta que las expresiones controvertidas surgen en el curso de un acto público (un Pleno municipal), que versa sobre asuntos de interés público (se discutía sobre el modelo de gestión administrativa de la residencia de ancianos local), y que atañe a personas con relevancia pública (uno de ellos, el recurrente era concejal municipal, y el otro, el denunciante, era director de la residencia de ancianos y representante sindical de los trabajadores). Ahora bien, ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza (cita las SsTC 190/1992,

105/1990 y 336/1993). La Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas (quedan amparadas, por tanto, por las libertades de expresión e información no solo críticas inofensivas o indiferentes sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar) pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate” (SsTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero; 204/2001, de 15 de octubre).

Por su parte, en relación al ejercicio legítimo de la libertad de información el TC (véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de enero de 2005) exige los siguientes requisitos (cuya concurrencia da lugar a que la expresión consistente en la imputación de un hecho sea típica pero no antijurídica):

1º.- Es necesario que el ámbito sobre el que recae la libertad de información se halle constituido por la *vida pública*.

2º.- Es necesario que la libertad de información esté al servicio de la *opinión pública libre*, es decir, es necesario que el conocimiento del hecho imputado tenga un interés público.

3º.- *Es necesario que la información sea veraz*. Al respecto el TC ha precisado –siguiendo la doctrina de los órganos jurisdiccionales de otros países– que ello no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada. Lo que el requisito constitucional de veracidad viene a suponer es que el informador –si quiere situarse bajo la protección del art. 20.1d) CE– tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones, empleando la diligencia exigible a un profesional. La Constitución exige que el informador transmita como hechos lo que ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente, no puede excluirse totalmente. Como señaló la STC de 231 de enero de 1988, las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio. Información veraz en el sentido del art. 20.1 d) CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias. El derecho constitucional de la libertad de información no exige que los hechos sean objetivamente verdaderos. No se exige, por tanto, una verdad entera y absoluta de lo que se informa, sino que, por el contrario, lo que se exige es que se busque la verdad, es decir, que exista un *fundamento probatorio razonable*. Si la información es veraz no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales, rigurosamente motivada y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera del ámbito protegido por el art. 20.1 CE”.

En mi opinión, estos requisitos a los que hace referencia el Tribunal Constitucional constituyen los elementos objetivos de la causa de justificación: para aplicar la causa de justificación es necesario que el juez compruebe si la información o expresión se refiere a la vida pública, está al servicio de la opinión pública y, es una expresión necesaria y proporcionada o una información veraz, que ha sido suficientemente contrastada.

Sin embargo, no hay que olvidar que, desde nuestra concepción, es también un elemento de la causa de justificación el elemento subjetivo: el sujeto ha de actuar con conciencia y voluntad de ejercer legítimamente el derecho a la libertad de expresión o información, es decir, ha de actuar con conciencia y voluntad de que concurren los elementos objetivos de la causa de justificación. Si se trata del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ello supone que el sujeto tenga conciencia y voluntad de proferir un juicio de valor sobre alguien que tiene relevancia pública, pensando que la expresión sirve a la formación de la opinión pública y es necesaria y proporcionada. Cuando se trata de ejercer el derecho a la libertad de información, para poder aplicar la causa de justificación es necesario que el sujeto impute un hecho pensando que afecta al ámbito de la vida pública, que la imputación es necesaria para la formación de la opinión pública y que ha comprobado la veracidad de los hechos que imputa mediante las oportunas averiguaciones (es lo que hemos llamado “veracidad subjetiva”). Así, por ejemplo, el periodista que imputa un hecho que lesiona el honor de una persona pensando que ejerce legítimamente su profesión actúa con dolo, es decir, con conciencia y voluntad de realizar una acción que lesiona el citado bien jurídico, pero, a la vez, piensa que su conducta no está prohibida por estar ejerciendo legítimamente la profesión, lo que implica tener conciencia y voluntad de informar sobre un hecho verdadero. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (aunque sin indicar que se trata del elemento subjetivo de la causa de justificación), “la propia Constitución española exige para el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de información la comunicación y recepción libre de información veraz (art. 20.1 d), requisito éste que no se identifica con noticias o hechos probadamente verdaderos –en el sentido de prueba de la verdad absoluta– sino con su vertiente subjetiva de propósito por parte de quien difunde el hecho de buscar la verdad a través de una especial diligencia, a fin de contrastar debidamente la información que asegure la seriedad del esfuerzo informativo”.

Como ya hemos señalado, en las injurias que consisten en la imputación de hechos el legislador ha convertido la ausencia de veracidad subjetiva o, lo que es lo mismo, la falsedad subjetiva, es decir, la ausencia del elemento subjetivo de justificación, en un elemento subjetivo de lo injusto, cuya concurrencia determina que la conducta sea típica y antijurídica.

3. La *exceptio veritatis* en el delito de injuria

La *exceptio veritatis* en el delito de injurias se halla regulada en el art. 210 CP: "El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas".

Solamente se puede aplicar, por tanto, cuando se trate de las injurias del art. 208, párrafo tercero, es decir, cuando consistan en la imputación de hechos. No puede aplicarse si se trata de injurias que consisten en juicios de valor, puesto que de ellas no puede afirmarse que sean falsas o verdaderas.

La *exceptio veritatis* tiene en el delito de injurias un ámbito muy restrictivo (en la calumnia –art. 207 CP– se admite siempre la *exceptio veritatis*) pues solo se aplica en dos supuestos:

a) Cuando se trate de imputaciones contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

b) Cuando los hechos imputados a los funcionarios públicos se refieran a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

Al respecto, señala la doctrina que parece lógico que en un Estado de Derecho el sujeto activo quede exento de pena en los casos en que se trata de salvaguardar los intereses generales públicos colectivos.

Se trata de una previsión legal que ha sido interpretada por la doctrina de diferentes maneras. En mi opinión, la *exceptio veritatis* es una excusa absolutoria: en los supuestos en los que se aplica la conducta es típica, antijurídica y culpable, pero no punible.

La citada excusa absolutoria permite excluir la pena en aquellos supuestos en que, dándose el tipo del delito (párrafo tercero del art. 208) y no siendo posible aplicar la causa de justificación (por tratarse de supuestos en los que el sujeto activo ha imputado un hecho que lesiona gravemente el honor, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad) y siendo, además, la conducta culpable, se excluye la pena por probarse en juicio la verdad objetiva de las imputaciones. Por tanto, la *exceptio veritatis* operará cuando, a pesar de la falsedad subjetiva (el sujeto ha realizado la imputación del hecho pensando que el hecho que imputa es falso o, pensando que puede ser falso, no ha realizado las oportunas comprobaciones) se acredite en el proceso la verdad de la imputación.

También podrá operar la *exceptio veritatis* en los supuestos en los que se da el tipo de la falta de injurias por imputar el sujeto un hecho que lesiona gravemente el honor con veracidad subjetiva (en este caso se aplica la falta del art. 620.2º) y la conducta es, además, antijurídica (si el sujeto ha actuado con veracidad subjetiva se podrá aplicar, en principio, la causa de justificación del art. 20.7, pero puede ocurrir que no se den sus requisitos –por ejemplo, por no estar el ejercicio del derecho a la libertad de información al servicio de la opinión pública libre–) y culpable.

Asimismo, podrá aplicarse la *exceptio veritatis* en los supuestos en los que concurre el tipo de la falta de injurias por imputar el sujeto un hecho que lesiona levemente el honor (supuestos en los que la injuria no es tenida en el concepto público como grave). Si se realiza la imputación del hecho con falsedad subjetiva no podrá aplicarse la causa de justificación del art. 20.7, pero sí (si la conducta es, además de antijurídica, culpable) la excusa absolutoria de la *exceptio veritatis*. Si, por el contrario, la imputación del hecho se realiza con veracidad subjetiva se puede aplicar, en principio, la causa de justificación del art. 20.7 pero puede ocurrir que no se den sus requisitos, en cuyo caso (si la conducta es, además de antijurídica, culpable) se podrá aplicar (si se dan sus requisitos) la excusa absolutoria de la *exceptio veritatis*.

4. Concurso de leyes y de delitos

4.1 Concurso de leyes

Entre el delito de injuria y el de calumnia hay un concurso de leyes, a resolver a favor de la aplicación del delito de calumnia (al respecto véase el apartado dedicado al delito de calumnia).

4.2. Concurso de delitos y delito continuado (art. 74 CP)

La injuria puede concurrir con el delito de acusación y denuncia falsas, circunstancia que se producirá si alguien acusa a otro falsamente de la comisión de una falta ante un funcionario judicial o administrativo competente (art. 456.1, 3.º CP). Se trata de un concurso de leyes que se resuelve a favor de la aplicación del delito de la acusación y denuncia falsas, aunque la doctrina aplica distintos criterios: algunos autores aplican el principio de subsidiariedad; otros el principio de consunción, mientras que otro sector doctrinal considera que el concurso se resuelve por el principio de especialidad.

Las manifestaciones injuriosas proferidas con unidad de acción darán lugar a un único delito de injurias. Al respecto dice la STS de 24 de enero de 2006 que existirá una única infracción, cuando, por tratarse de infracciones instantáneas que quedan consumadas y agotadas en el momento de ser realizados los actos que las integran, exista un único dolo o propósito de atentar contra el honor.

Por el contrario, si se rompe la unidad del acto porque las injurias sean proferidas en ocasiones distintas, habrá un concurso real de varios delitos de injurias y, si se dan sus requisitos, se podrá aplicar el delito continuado. Según el apartado 3 del art. 74 no es posible aplicar el delito continuado cuando se trata de bienes eminentemente personales. No obstante, el legislador hace una excepción en relación con los delitos contra el honor y la libertad sexual, si bien se precisa que en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva (su aplicación es, por tanto, facultativa). De este modo, podrá aplicarse el delito continuado si se dan sus requisitos (si se vierten injurias en un mismo contexto o en ejecución de un plan preconcebido y el sujeto pasivo es el mismo) y si el juez lo considera adecuado “atendiendo a la naturaleza del hecho y del precepto infringido” (por ejemplo, una parte de la doctrina entiende que no se debería aplicar la continuidad delictiva entre la calumnia y la injuria o entre distintas calumnias). Al respecto, señala la STS de 24 de enero de 2006 que tan solo resulta apreciable la continuidad en las expresiones injuriosas cuando se desenvuelvan en idéntica situación temporal-espacial. Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo penal nº 6 de Madrid de 11 de junio de 2008 castiga al periodista Jiménez Losantos por un delito continuado de injurias por vulnerar en diversos programas de radio el honor del alcalde de Madrid, Alberto Ruiz Gallardón. Sin embargo, la STS de 24 de enero de 2006 no aplica el delito continuado en un caso en el que las injurias que se estiman probadas tienen lugar en dos ocasiones diferenciadas en el tiempo, en las cuales el acusado se encontró con su exesposa y la insultó llamándola "puta", lo que impide aplicar entre ambas infracciones la continuidad invocada al haberse consumado cada ataque al honor por separado.

Cuando se profiere una sola expresión injuriosa, pero se ofende a varias personas estaremos ante un concurso de delitos ideal (art. 77 CP).

Por último, en opinión del Tribunal Supremo los insultos verbales que preceden a una agresión constituyen actos previos impunes (estamos ante un concurso de leyes a resolver de acuerdo con el principio de consunción –art. 8.3 CP–). Por el contrario, algunos autores consideran que existe un concurso real de delitos (art. 73, 75 y 76 CP).

IV. EL DELITO DE CALUMNIA

1. Tipo objetivo

El delito de calumnia está regulado en los arts. 205 a 207 CP.

De acuerdo con el art. 205 del Código penal: "Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad".

La calumnia es, como la injuria, un delito común (el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona).

La *acción típica* consiste en imputar un delito. Si lo que se imputa es una falta estaremos ante un delito de injurias. Como ya hemos señalado, la calumnia se diferencia de la injuria que consiste en la imputación de hechos en que el hecho que se imputa es un delito (grave o menos grave). Si el hecho que se imputa es una falta penal, una infracción administrativa, disciplinaria u otro tipo de hecho se trata de una injuria (consistente en la imputación de un hecho –párrafo tercero del art. 208 CP–).

Se entiende por "delito" la conducta típica y antijurídica (Laurenzo Copello) siendo indiferente que el hecho imputado sea doloso o imprudente. También es indiferente que se impute el delito en grado de consumación o en grado de tentativa.

Es preciso, como en el delito de injuria, que quede determinado el sujeto a quien se imputa el hecho delictivo (STS de 17 de mayo de 1996), pero es indiferente que se le impute una intervención a título de autor o de partícipe.

Asimismo, la imputación debe contener los elementos suficientes para que resulte identificable un delito concreto (no bastando las imputaciones genéricas, vagas o ambiguas). Así, por ejemplo, cuando se dice que una persona es un "*farsante*" o es un "*ladrón*", pero sin referirse a hechos concretos y determinados estamos ante un delito o falta de injurias (de las que consisten en juicios de valor) y no ante un delito de calumnias (al respecto véase, por ejemplo, la SAP de León de 9 de abril de 2002).

Eso sí, no se requiere precisión técnico-jurídica. No se exige que el autor de la calumnia haya utilizado el nombre jurídicamente exacto o la expresión legalmente correcta, es decir, no es necesario que el autor acierte en la calificación jurídica de los hechos (por ejemplo, confunde el robo con el hurto o la apropiación indebida con la estafa).

2. Tipo subjetivo

Para que exista delito de calumnia es necesario que la imputación del delito se haga con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, es decir, con falsedad subjetiva (sobre esta cuestión me remito a lo explicado en el delito de injuria).

Al igual que ocurre con el delito de injuria, también en el delito de calumnia un sector doctrinal exige un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo –el “*animus calumniandi*” – (Cerezo Mir, Muñoz Conde y García Arán) mientras que otro sector doctrinal (Carmona Salgado, Vives Antón) considera, a mi juicio con razón, que no es necesario (sobre esta cuestión me remito también a lo explicado en el delito de injuria).

3. El tipo agravado: la calumnia realizada con publicidad

En el art. 206, párrafo primero, en relación con el art. 205 CP, se contiene un tipo agravado del delito de calumnia: las calumnias propagadas con publicidad serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses (si se realizan sin publicidad se castigan con multa de seis a doce meses).

El art. 211 CP nos dice cuándo la calumnia se reputa hecha con publicidad, mediante una definición legal o auténtica: las que se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

4. La aplicación de la falta de injurias

No existe falta de calumnia. Si se imputa un delito con veracidad subjetiva (es decir, sin conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad) podrá aplicarse la falta de injurias del art. 620.2ª CP.

5. Concurso de leyes

La mayoría de la doctrina considera a la injuria el tipo básico de los delitos contra el honor, concediendo a la calumnia el papel de figura agravada en virtud de la particular intensidad de la lesión del bien jurídico que se deriva de los hechos imputados. Asimismo, algunos autores (Laurenzo Copello) señalan que la gravedad adicional de la calumnia puede predicarse por referencia a la implicación de otros bienes jurídicos comprometidos cuando se imputa a alguien la comisión de un delito, en particular, la Administración de Justicia.

Entre el delito de injuria y el de calumnia hay un concurso de leyes, siendo de preferente aplicación el delito de calumnia. La doctrina resuelve el citado concurso de leyes con arreglo a distintos criterios: algunos autores aplican el principio de subsidiariedad; otros el de consunción y otros el de especialidad.

Por otra parte, el delito de calumnia puede concurrir con el delito de acusación y denuncia falsas del art. 456.1, 1.º y 2.º CP. En este último, la imputación del delito ha de hacerse ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación. Además, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo para que se dé el delito de acusación y denuncia falsas un elemento subjetivo de lo injusto: la intención por parte del sujeto activo de promover la persecución de la infracción penal imputada. Entre este delito y el de injuria existe un concurso de leyes a resolver, por el principio de especialidad (art. 8.1ª CP) a favor de la acusación y denuncia falsas.

6. La *exceptio veritatis* en la calumnia

La "*exceptio veritatis*" en la calumnia está regulada en el art. 207 CP: "El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado".

Como ya he señalado, en mi opinión, se trata de una excusa absolutoria.

Al respecto, considera Vives Antón que aunque el precepto parece desplazar sobre el autor la carga de la prueba de la verdad, ha de tenerse presente que ésta puede producirse como consecuencia de la actuación oficial o por otros medios ajenos al acusado de calumnia, sin que ello impida aplicar la *exceptio veritatis*, pues parece clara la voluntad de la ley de excluir la pena allí donde el hecho delictivo imputado resulte ser cierto.

En el delito de la calumnia se admite, siempre, en todo caso, la *exceptio veritatis* (no existen restricciones como en la *exceptio veritatis* en las injurias).

La *exceptio veritatis* se aplicará en los supuestos en que dándose el tipo (el sujeto piensa que la imputación es falsa o la lleva a cabo sin un fundamento probatoria razonable) se prueba en juicio que era objetivamente verdadera.

Se trata de una excusa absolutoria (la conducta es típica, antijurídica, culpable, pero no punible).

V. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

El Capítulo III del Título XI del Libro II del Código penal recoge una serie de disposiciones comunes a los delitos de injuria y calumnia, que se refieren a las siguientes materias:

1. Las disposiciones que hacen referencia a los medios o formas de ejecución en la injuria y en la calumnia, que producen un tratamiento penal agravado (arts. 211 y 213)

1.1. La definición legal o auténtica del concepto de publicidad (art. 211)

Como ya hemos visto, cuando la injuria o la calumnia es realizada con publicidad recibe un tratamiento punitivo agravado.

La injuria y la calumnia se reputarán hechas con publicidad, tal y como establece el art. 211, "cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante".

1.2. Las injurias y calumnias cometidas mediante precio, recompensa o promesa (art. 213)

Cuando la calumnia o injuria sean cometidas mediante precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán, además de las penas señaladas para los delitos de que se trate, la de inhabilitación especial prevista en los artículos 42 (inhabilitación especial para empleo o cargo público) o 45 (inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho), por tiempo de seis meses a dos años (por lo tanto, en la injuria y la calumnia no podrá aplicarse la circunstancia agravante genérica del art. 22. 3.º –art. 67 CP–).

2. Las disposiciones relativas a la responsabilidad civil (arts. 212 y 216)

Para determinar la responsabilidad civil se aplicarán los criterios establecidos en la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo (Disposición final cuarta del Código penal). La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma (art. 9. 3 de la citada Ley Orgánica 1/82).

2.1. La responsabilidad civil solidaria (art. 212 CP)

El art. 212 CP señala responsable civil solidario, para los supuestos de injurias y calumnias hechas con publicidad, a la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

Supone este artículo una excepción a la regla recogida en el art. 120.2 CP, donde se prescribe que serán responsables civiles subsidiarias “las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares”.

2.2. El contenido de la reparación (art. 216 CP)

Dentro de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta lo que señala el art. 216 CP: “En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes”.

3. El supuesto recogido en el art. 214

En aquellos casos en los que el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación anteriormente referida (art. 214, párrafo primero).

Retractar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa revocar expresamente lo que se ha dicho; desdecirse de ello. Razones de política criminal (mayor rapidez en el esclarecimiento de los hechos) mueven al Legislador a recoger este supuesto atenuatorio, que en otros países de nuestro entorno es una causa de exclusión de la pena.

El Juez o Tribunal ante quien se produzca el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador (art. 214, párrafo segundo).

4. Las disposiciones relativas a la perseguibilidad de los delitos de injurias y calumnias (art. 215. 1 CP)

4.1. La norma general: la exigencia de querrela y el acto previo de conciliación

En principio, los delitos de calumnia e injurias son delitos privados, puesto que requieren *querrela* de la persona ofendida por el delito o de su representante legal para poder ser perseguidos (art. 215 1. primer inciso CP y art. 804 LECr), constituyendo, por tanto, la querrela de las citadas personas una condición previa de procedibilidad.

Por otra parte, el art. 804 LECr exige para la admisión de la querrela por injuria o calumnia la certificación de haber celebrado el acto previo de conciliación con el querrellado, o de haberlo intentado sin efecto.

4.2. Las excepciones

En el inciso segundo del art. 215. 1, se señala que “se procederá *de oficio* cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”. En este supuesto estamos ante un delito público.

Asimismo, la falta de injuria de carácter leve exige la *denuncia* previa de la persona agraviada o de su representante legal (art. 620.2 párrafo final), incluso si el ofendido es alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 (si el sujeto pasivo es alguna de estas personas no se exige denuncia cuando se trata de una falta de amenaza, coacción o vejación injusta de carácter leve pero sí cuando se trata de una falta de injuria).

4.3. La licencia judicial en las injurias y calumnias proferidas en juicio (art. 215. 2 CP)

Según el art. 215. 2 cuando las calumnias o injurias son proferidas en juicio se necesita licencia del Juez o Tribunal para su persecución.

En opinión de la doctrina (Laurenzo Copello) la denegación de la licencia habrá de fundarse en la manifiesta falta de fundamento de la acción que se pretenda ejercitar.

Una denegación infundada de dicha licencia implicaría la vulneración del art. 24.1 de la Constitución (derecho a la tutela jurisdiccional), que podría ser objeto de amparo constitucional.

5. La eficacia del perdón en las injurias y calumnias (art. 215. 3)

El art. 215. 3 CP dispone que “el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código”. Esta salvedad se refiere a los delitos o faltas contra menores o incapacitados, en los que los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

LECCIÓN 17*

INTRODUCCIÓN A LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Título XIII, del Libro II, del Código penal se refiere a los "delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", que son los más numerosos en la estadística criminal. Con esta rúbrica se pone de manifiesto la intención por parte del legislador de distinguir entre los delitos patrimoniales en sentido estricto, orientados en principio a la protección de intereses individuales, y los delitos socioeconómicos, que se orientan a proteger intereses colectivos. El legislador de 1995 respondió así a la demanda de crear nuevas figuras delictivas para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad económica (delitos societarios, delitos relativos al mercado y los consumidores, etc.) que no hallaban cobijo en los tradicionales delitos patrimoniales.

II. CONCEPTO DE PATRIMONIO

En el anterior Código penal de 1973 los delitos que vamos a estudiar aparecían bajo la rúbrica "delitos contra la propiedad" (ello fue así históricamente desde el Código penal de 1848). Sin embargo, la doctrina, de manera unánime, puso de manifiesto que esa rúbrica no se correspondía con el contenido del título, pues en ese título no solo se perseguían delitos que lesionaban o ponían en peligro el derecho de propiedad, sino también aquellos que afectaban a otros valores patrimoniales como la posesión, el derecho de crédito, etc. En el patrimonio de cada ciudadano pueden integrarse, además de bienes poseídos en propiedad, otros bienes y derechos que, en virtud de otros vínculos jurídicos (arrendamiento, comodato, derecho de usufructo y otros semejantes) pueden ser legítimamente disfrutados por él. Por otra parte, la doctrina señalaba que la citada rúbrica se encontraba anclada en una concepción económica de corte exclusivamente liberal, propia de las constituciones liberales del siglo XIX y ajena al nuevo orden económico implantado por la Constitución de 1978. Así, atendiendo a las críticas doctrinales, el legislador de 1995 introdujo la rúbrica "delitos contra el patrimonio".

La referida decisión legislativa reabrió, sin embargo, el debate a propósito del propio concepto de "patrimonio" y su consideración en tanto que una unidad o como la suma de concretos y diversos valores patrimoniales susceptibles, a su vez, de concretos ataques típicos (contra el derecho de propiedad, la posesión, la titularidad de derechos reales, derechos de crédito, el derecho de uso, etc.). Así, un sector doctrinal considera que los denominados por el legislador "delitos contra el patrimonio" suponen un ataque al patrimonio en su totalidad, como un todo (como *universitas iuris*), mientras que otro sector doctrinal opina que las diversas infracciones contenidas en este Título implican solo una lesión de alguno o algunos de los elementos que lo componen.

* Belén Mayo Calderón

Un sector doctrinal (Bajo, Zugaldía) entiende que si bien en la mayor parte de los delitos del Título XIII el bien jurídico protegido lo es cada uno de los distintos valores patrimoniales (propiedad, posesión, derechos reales, etc.), es cierto también que algunos supuestos, fundamentalmente en el delito de estafa, el bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio como unidad, como un todo (como *universitas iuris*). Así, en el delito de estafa no se persigue la protección de la propiedad ni de la posesión ni del título de crédito, amparados ya más específicamente por otros tipos penales, sino la protección de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona.

Por el contrario, otro sector doctrinal (Muñoz Conde, Rodríguez Devesa, Vives Antón) entiende que ninguno de los delitos comprendidos en el Título XIII constituye un ataque al patrimonio globalmente entendido, sino que todos ellos lesionan elementos patrimoniales singulares (propiedad, posesión, derechos reales, derechos de crédito, etc.). Todo lo más, indica Muñoz Conde, existen delitos, como por ejemplo, la estafa, que se dirigen contra elementos integrantes del patrimonio, aunque sin concretarse en ninguno determinado.

En mi opinión, todos los delitos que se regulan bajo la rúbrica “delitos contra el patrimonio” protegen el mismo bien jurídico (el patrimonio), diferenciándose entre sí por la forma de ataque al citado bien jurídico (apoderamiento, engaño, o abuso de las facultades de disposición que tiene concedidas el sujeto que posee legítimamente la cosa, etc.). Cada forma de ataque al bien jurídico implica la lesión de determinados elementos o valores, que constituyen el objeto del citado bien jurídico. Como señala Castro Moreno, la propiedad es una parte del patrimonio, de modo que toda conducta que lesiona ésta debe necesariamente lesionar aquél (no es imaginable la conducta de un sujeto que lesione la propiedad de la víctima, pero que a la vez deje indemne el patrimonio).

Si estimamos que estos delitos protegen como bien jurídico el patrimonio habrá que exigir como elemento del tipo (resultado) el perjuicio patrimonial.

Pues bien, para determinar el resultado del delito, es decir, la existencia de un perjuicio patrimonial, es necesario precisar el contenido del concepto de patrimonio. Cuando se produce una disminución del saldo contable después de realizarse la acción delictiva, está claro que existe un perjuicio patrimonial. Sin embargo, en otros supuestos la determinación de la existencia de un perjuicio patrimonial no es fácil. Hay casos en los que no se produce un resultado de lesión del patrimonio en el sentido que acabamos de expresar (una disminución del saldo contable) –incluso puede que la víctima se enriquezca–. Por ejemplo, cabe preguntarse si las expectativas de ganancia forman parte del patrimonio; si es hurto el apoderamiento de una cosa sin valor económico (por ejemplo, un anillo de plástico con valor sentimental); o si hay delito de daños en el supuesto de que un sujeto mate a un caballo viejo de otro, que ya no sirve y solo le genera gastos (en este caso se puede decir que contablemente el patrimonio ha tenido una mejora). Otro ejemplo: un sujeto sustrae una cosa ajena contra la voluntad del dueño de esta, pero le deja en su lugar el valor económico de la cosa (económicamente el patrimonio no ha sufrido ningún perjuicio).

Hay distintas concepciones acerca del concepto de patrimonio que sirven para determinar cuándo se da el resultado del delito, es decir, el, perjuicio patrimonial:

1) Concepto jurídico: De acuerdo con esta concepción, el patrimonio de un sujeto está formado por la suma de los derechos y deberes patrimoniales reconocidos

por el Derecho (Binding). Se le ha objetado a este concepto que no se incluyen situaciones que no se pueden catalogar de derechos y obligaciones, como son las expectativas de ganancias (también protegidas jurídicamente –por ejemplo, la clientela–). Como señala Rodríguez Devesa, se deja sin protección bienes económicos no concretados todavía en derechos subjetivos. Otro de los inconvenientes apuntados por el citado autor es que siguiendo esta concepción hay perjuicio aunque medie una contraprestación de valor económico equivalente, pero el perjuicio desaparece si el sujeto pasivo acepta la contraprestación, por lo que se deja el concepto de perjuicio patrimonial en gran medida al arbitrio del perjudicado.

2) Concepto económico: El patrimonio está integrado por el conjunto de bienes, derechos o valores con significación económica. El Derecho protege valores patrimoniales, sin considerar su naturaleza jurídica, quedando, por tanto, incluidas también las expectativas de ganancias. Se le ha criticado a este concepto que su aceptación a efectos penales implicaría el otorgamiento de protección penal a posiciones patrimoniales ilegítimas. Se llegaría a la conclusión de considerar hurto la sustracción del propietario de la cosa al ladrón de esta que la posee (Bustos).

3) Concepto económico-jurídico: La doctrina española opta por este concepto mixto. Esta postura fue apuntada por Welzel para quien el patrimonio es la "suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico". Esta concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente valiosos y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. Huerta Tocildo ha delimitado esta concepción mixta, destacando sus tres características: a) Objetos materiales de un delito patrimonial solo pueden ser aquellos bienes dotados de valor económico; b) Para ser sujeto pasivo de un delito patrimonial no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa, es preciso que esté ligado a ella en virtud de una relación protegida por el Ordenamiento jurídico; c) Por perjuicio patrimonial hay que entender toda disminución, económicamente evaluable del acervo patrimonial que, jurídicamente, corresponde a una persona (criterio del saldo contable: habrá que comparar el patrimonio antes y después de la conducta delictiva. Si este ha disminuido, hay perjuicio patrimonial).

4) Concepto personal de patrimonio: El concepto personal de patrimonio, mantenido por la doctrina mayoritaria alemana y aceptado por una parte de la doctrina española (Gallego Soler, Mayo Calderón) es acogido por primera vez por la jurisprudencia española en la STS de 27 de abril de 1993 (caso de la colza). Según esta concepción, existe daño patrimonial no solo con la pérdida de un bien o con la disminución de la suma de los bienes patrimoniales, es decir, en los supuestos de disminución contable del patrimonio, sino también en los casos en los que se perturba una función patrimonial, se liga el patrimonio a fines que no se corresponden con la voluntad de su titular o se malogran esos fines. Para la determinación del perjuicio patrimonial se debe tomar en cuenta la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. La merma de la capacidad económica se concibe como el poder sobre bienes que posibilitan la satisfacción de necesidades del titular, es decir, habrá un perjuicio patrimonial si el titular ha sufrido un menoscabo de los fines que había asignado a su patrimonio. La frustración del fin pretendido ocupa el lugar central en la determinación de la lesión patrimonial. El centro de atención pasa de los elementos que integran el patrimonio a la relación existente entre la persona y los objetos.

En mi opinión, este es el concepto de patrimonio más correcto. Por una parte, permite una interpretación más adecuada de los delitos contra el orden socioeconómico y, por otra, en el ámbito de los delitos contra el patrimonio permite considerar que forman parte del patrimonio objetos sin valor económico, pero con gran valor sentimental para su propietario. Como señaló la STS de 27 de octubre de 1993, “ciertamente el hurto, al menos en la modalidad de falta, no requiere que las cosas objeto del mismo tengan valor en sí mismas. La ley solo requiere considerar el valor para graduar la pena aplicable, pero no para establecer la tipicidad”.

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LO INJUSTO DEL “ÁNIMO DE LUCRO”

Con la única excepción del delito de daños del artículo 267 CP, no existe la posibilidad de comisión imprudente de los delitos contra el patrimonio (el CP de 1995 introduce en el art. 12 el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos imprudentes).

Además, con la excepción del delito de daños y del delito de hurto y robo de uso de vehículos a motor para que concurra la infracción debe concurrir un elemento subjetivo adicional al dolo: el “ánimo de lucro”.

Sin duda existe “ánimo de lucro” cuando el sujeto actúa con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial, de contenido económico, a costa del correlativo perjuicio del sujeto pasivo. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado si también concurre el ánimo de lucro cuando el sujeto persigue con su acción cualquier aprovechamiento o satisfacción, para sí o para tercero, aunque no tenga un contenido económico. Desde este punto de vista, habría ánimo de lucro cuando el autor persigue con su acción fines distintos a los estrictamente económicos. Por ejemplo, la utilidad contemplativa del objeto sustraído o un fin religioso (se hurta la imagen de un santo para que haga un milagro).

En mi opinión, la concepción que se mantenga del ánimo de lucro debe estar relacionada con la concepción de patrimonio que se considere más adecuada. Así, si se mantiene una concepción personal de patrimonio, se ha de aceptar necesariamente este concepto amplio de ánimo de lucro. Al respecto, la jurisprudencia, aunque se ha mostrado vacilante, en diversas resoluciones ha entendido que el ánimo de lucro “no consiste solo en un beneficio monetario, sino en cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficios perseguidos por el agente, incluso los meramente contemplativos, o con fines benéficos, o la vanagloria” (SsTS de 18 de septiembre de 1998, SsAP de Madrid de 26 de mayo de 2003 y 20 de noviembre de 2006 y la SAP de Pontevedra de 24 de abril de 2007).

Por otra parte, el “ánimo de lucro” implica un ánimo de apropiación, entendido como voluntad de integrar definitivamente la cosa o el valor patrimonial conseguido ilícitamente en el propio patrimonio (por el contrario, algunos autores –González Rus– consideran que junto al ánimo de lucro ha de concurrir el ánimo de apropiación, como si se tratase de dos elementos subjetivos de lo injusto distintos). Así, si hay “ánimo de uso” la conducta no es típica, a no ser que expresamente la castigue el legislador, como ocurre con el delito de hurto y robo de uso de vehículos a motor.

IV. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PRIVADO

Los elementos singulares que constituyen el patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito...) están configurados por el Derecho civil y en el Derecho mercantil como instituciones de Derecho privado. Por ello, el Derecho penal se remite constantemente a conceptos del Derecho civil y mercantil (así ocurre, por ejemplo, en el delito de apropiación indebida –art 252 CP–, en relación con el título del que se deriva la obligación de entregar o devolver). Pues bien, la cuestión que se plantea es si el Derecho penal está vinculado a los contenidos que el Derecho civil y mercantil otorga a estos conceptos o si, por el contrario, goza de autonomía para elaborar sus propios conceptos, de tal modo que sea posible que el Derecho penal modifique esos conceptos para adaptarlos a sus propios fines.

Pues bien, según la doctrina mayoritaria, con carácter general hay que decir que el Derecho penal goza de autonomía para elaborar sus propios conceptos, transformarlos o modificar el contenido que tienen determinados conceptos para el Derecho civil o mercantil.

En mi opinión, nos encontramos ante un problema de interpretación que debe resolverse caso por caso. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal y como han sido elaborados por otros sectores del ordenamiento jurídico, examinando luego esas nociones a la luz de las normas jurídico-penales. Si de ese examen resulta que una aplicación rigurosa de esos conceptos se opone a los fines asignados a las normas penales y a las exigencias del Derecho penal, habrá que modificar tales conceptos. Así por ejemplo, hay que acudir al Derecho civil y mercantil para delimitar el contenido de los conceptos de “depósito” o “comisión” en el delito de apropiación indebida –art 252–, sin que su contenido se oponga al fin de la norma penal. Sin embargo, no es posible mantener en Derecho penal los conceptos de posesión que se mantienen en el Derecho civil, puesto que no nos permiten diferenciar entre el hurto y la apropiación indebida. Asimismo, no es posible mantener el concepto de bien “mueble” del Código civil. Hay determinadas cosas como, por ejemplo, las estatuas o las baldosas de una casa que son consideradas por el Derecho civil bienes inmuebles (por incorporación). Sin embargo, en Derecho penal hay que concluir que se trata de cosas que pueden ser objeto de los delitos regulados en los arts. 234 (la acción típica en el delito de hurto consiste en tomar cosas “muebles” ajenas sin la voluntad de su dueño), 236, 237, 251, 252 y 254, en los que se utiliza la expresión “cosa mueble”.

V. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1. La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP

El art. 268 CP señala lo siguiente: *“1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines de primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o*

intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participen en el delito”.

Se trata de una excusa absolutoria, que obedece a consideraciones de política criminal, de conveniencia u oportunidad. En estos supuestos, la conducta será típica, antijurídica, culpable, pero no punible.

La disposición del art. 268 no es aplicable a los extraños que participen en el delito, lo que resulta consecuencia obligada de la naturaleza de causa personal de exención de pena. Por otra parte, no es aplicable si en el delito cometido concurre violencia o intimidación (el robo del art. 242, la extorsión –art. 243– o el robo de uso del art. 244.4). Sí cabe la aplicación de la excusa absolutoria en supuestos de fuerza en las cosas (robo del art. 238 y robo de uso de vehículos a motor del art. 244.2) o engaño (estafas de los arts. 248 y ss.).

Al regular esta excusa absolutoria el legislador antepone la protección de la familia a la aplicación de la pena. Como señala Mestre Delgado, el legislador penal ha entendido históricamente que el patrimonio es un mecanismo de integración y perpetuación familiar (y, por ende, de estructuración y cohesión social), y que por ello el Derecho penal no debe intervenir (por sus efectos dañinos para la cohesión del grupo familiar) cuando el autor y la víctima de la infracción patrimonial pertenecen a la misma estructura familiar, y el patrimonio objeto del delito sigue, después de cometido este, en el ámbito del mismo conjunto de personas que tenían, antes, expectativas de uso sobre él.

2. El castigo de los actos preparatorios (art. 269)

En nuestro CP existe el principio de excepcionalidad del castigo de los actos preparatorios. Solo se castigan determinados actos preparatorios y solo cuando lo establece el legislador. Pues bien, así ocurre en el ámbito de los delitos patrimoniales. Dice el art. 269: *“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.*

LECCIÓN 18*

HURTO

I. SISTEMATIZACIÓN LEGAL DE LAS FIGURAS DELICTIVAS

El delito de hurto aparece regulado en el Capítulo I, Título XIII, del Libro II, del Código penal, artículos 234 a 236, que comprende las siguientes figuras delictivas:

—En el art. 234, párrafo primero, se recoge el tipo básico de hurto.

—En el art. 235 se tipifican tipos agravados de hurto.

—En el art. 236, donde se recoge la figura denominada “furtum possessionis” o sustracción de cosa mueble propia.

Por otra parte, existe una falta de hurto en el art. 623.1 y, además, hay que atender a lo previsto en el art. 234 párrafo segundo, que establece la posibilidad de que un número determinado de faltas de hurto se conviertan en delito. Finalmente, se contempla una falta de “furtum possessionis” en el art. 623.2 CP.

II. TIPO BÁSICO

De acuerdo con el art. 234, párrafo primero, del CP, *“el que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros”*.

1. Bien jurídico protegido

Se discute sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de hurto. La opinión mayoritaria defiende que el objeto de protección es la propiedad, entendida como el conjunto de facultades jurídicamente protegidas que constituyen la completa relación de señorío de la persona sobre una cosa, así como el contenido económico que entraña (Pérez Manzano, Álvarez García). En cambio, un sector minoritario ha venido considerando que el bien jurídico protegido es la posesión (así, sobre todo, Muñoz Conde y también Robles Planas). La discusión tiene trascendencia práctica, pues si se estima que el bien jurídico es la posesión pueden considerarse hurtos los apoderamientos de cosas previamente hurtadas, es decir, cometería hurto el propietario que recupera la cosa que el ladrón le había hurtado previamente, y también lo cometerían los terceros (no propietarios) que sustrajeran un objeto previamente hurtado.

A nuestro modo de ver, resultan más convincentes los argumentos utilizados por la doctrina mayoritaria: en primer lugar, la definición legal del hurto exige que no concurra la voluntad del dueño en el apoderamiento, por lo que el consentimiento del propietario excluye el tipo. De ahí se deduce que sujeto pasivo solo puede serlo el propietario y, en cambio, este nunca puede ser sujeto activo del delito. En segundo

* Carmen Alastuey Dobón

lugar, si el bien jurídico protegido fuese la posesión no tendría razón de ser la figura del *furtum possessionis* (art. 236), donde precisamente se castiga al dueño o persona que actúa con su consentimiento que quita a otro la cosa que este tenía legítimamente en su poder. Si el propietario pudiera ser sujeto activo del hurto, no sería necesaria la tipificación expresa de esta conducta.

En definitiva, en el hurto común se protege la propiedad y el sujeto pasivo solo puede ser el propietario. En el *furtum possessionis* se protege la posesión legítima y el propietario no es sujeto pasivo, sino sujeto activo. El hurto al ladrón es, en consecuencia, atípico, a no ser que la conducta reúna los requisitos típicos de otra figura delictiva (por ejemplo, si el propietario recupera la cosa sustraída con violencia o intimidación o fuerza en las cosas cometería el delito de realización arbitraria del propio derecho del art. 455 CP).

Por otra parte, es preciso aclarar que el hecho de que la propiedad resulte lesionada con el hurto no quiere decir que el delito destruya total o parcialmente el derecho de propiedad (que el Derecho civil hace sobrevivir a la desposesión), sino que lesiona ese poder de señorío sobre la cosa que la propiedad entraña. La lesión no se refiere al derecho mismo, que mientras subsiste la cosa permanece incólume, sino a su contenido jurídico y económico. Lo que verdaderamente pierde el propietario es la posibilidad de obtener de la cosa sustraída la utilidad que la propiedad le reportaba o podía reportar.

2. Tipo objetivo

Por lo que respecta a los *sujetos activo y pasivo*, de acuerdo con lo dicho en relación al bien jurídico protegido, sujeto activo del delito de hurto puede serlo cualquier persona excepto el propietario de la cosa hurtada. En cuanto al sujeto pasivo, solo puede serlo el propietario de la cosa. Si esta se halla en el ámbito posesorio de un tercero, este tercero poseedor no podrá ser sujeto pasivo del delito, al no ser portador del bien jurídico atacado y, por tanto, solo podrá ejercer acciones civiles (Álvarez García).

La *acción* viene descrita en el art. 234 CP con el verbo “tomar” (“tomare las cosas muebles ajenas”). La opinión dominante entiende que este verbo tiene idéntico significado que el verbo “apoderarse” que emplea el legislador en el art. 237 CP al definir el delito de robo. La acción de tomar entraña “un comportamiento activo de aprehensión física y desplazamiento físico de la cosa del ámbito de poder patrimonial del sujeto pasivo al del sujeto activo” (Pérez Manzano).

El verbo “tomar” no equivale a “coger” o “asir con la mano”, y, por tanto, la conducta de apoderamiento no requiere necesariamente un contacto manual del autor con la cosa, esto es, una acción de coger. El desplazamiento puede llevarse a cabo utilizando cualquier clase de instrumento, mecánico, animal o, incluso, humano (autoría mediata).

El desplazamiento físico de la cosa, al que antes se ha hecho referencia, no requiere que esta haya salido del espacio sobre el que se proyecta el poder patrimonial del ofendido, pero sí que haya quedado sustraída a ese poder del propietario. Por tanto, la sustracción no ha de quedar entendida exclusivamente como alejamiento de la cosa, sino que puede llevarse a cabo mediante la ocultación de la misma, siempre que la ocultación baste para separar la cosa de la custodia de su titular e incorporarla a la del autor. Volveremos sobre este problema al tratar la consumación en este delito.

Si las cosas muebles ajenas se tomaren empleando “fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”, estaremos ya, no ante un delito de hurto, sino ante un robo de los artículos 237 y ss. CP. Por tanto, la acción en el hurto se caracteriza por la falta de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el concepto de fuerza en las cosas no es naturalístico, sino valorativo, y, en consecuencia, habrá que estar a lo que previene el art. 238 del Código penal (donde se recogen los supuestos de robo con fuerza en las cosas), por lo que habrá supuestos de fuerza en las cosas en sentido no jurídico que pueden constituir delito de hurto.

El *objeto material del delito*, de acuerdo con el art. 234 CP, es la cosa mueble ajena.

Por “cosa” según opinión común en la doctrina, así como en la jurisprudencia (SAP de Madrid n.º 97, de 10 de marzo de 2006), habrá de entenderse todo objeto material valuable en dinero, susceptible de apoderamiento, es decir, susceptible de soportar la acción constitutiva del delito. Por tanto, ha de tratarse de objetos corporales, de modo que las energías (energía eléctrica, gas) solo tienen relevancia a efectos de los delitos de apoderamiento cuando estando envasadas (batería eléctrica, bombona de butano) sean susceptibles de apoderamiento físico. Las defraudaciones de fluido eléctrico, gas, agua, etc., están previstas expresamente y castigadas en el art. 255 CP. También quedarán fuera de este concepto las cosas inmateriales que pueden implicar derechos, como los derechos de propiedad intelectual e industrial, protegidos expresamente en los artículos 270 y ss. CP.

De acuerdo con la opinión mayoritaria en la doctrina, la cosa ha de ser valuable económicamente. Esto tiene importantes consecuencias, pues todo objeto que no tenga más valor que el puramente afectivo no puede ser objeto material del delito de hurto.

Desde la perspectiva del valor económico del objeto material del delito, presenta una especial problemática la sustracción de títulos-valores, es decir, de aquellos documentos mercantiles que incorporan un valor de referencia muy superior al valor que tiene el propio papel (por ejemplo, un cheque). La cuestión que se plantea es qué valor ha de tenerse en cuenta a efectos de calificar el hecho como delito o falta de hurto. Es habitual en la doctrina distinguir entre títulos valores propios o impropios (por ejemplo, Pérez Manzano).

Por lo que respecta a los primeros, cuando se trata de títulos-valores al portador, dado que su mera posesión permite hacer efectivo el valor a él incorporado, habrá hurto por la cuantía del valor que el título representa. Por el contrario, si se sustrae un título nominativo, puesto que no es posible hacer efectivo el valor que representa, se entiende que su valor económico es el que tiene el papel impreso (como es insignificante, estaremos ante una mera falta de hurto). Si, a partir de ahí, se realizan actos posteriores para hacer efectivo mediante engaño el valor que representan esos títulos, habrá, además una estafa.

Respecto a los títulos-valores impropios, como por ejemplo entradas de cine o teatro, billetes de ferrocarril o avión, etc., dado que su tenencia va unida, en la mayoría de las ocasiones, al valor del derecho que representan, hay que atender al valor representado. Si es necesario realizar otras actividades para obtener el valor, entonces su sustracción constituirá un hurto por el valor material del título y la acción posterior será una estafa.

Una problemática particular suscitan los billetes de lotería, quinielas, etc. Si se sustrae el billete con anterioridad al sorteo, y en este el billete no sale premiado, el valor de la cosa será el nominal del billete (valor de adquisición del billete). Si la sustracción se realiza después del sorteo y es un billete no premiado, se estará al valor material del billete. Si el billete se sustrae después de realizarse el sorteo, y es un billete premiado, el valor de la cosa es el valor del premio, y, por tanto, habrá que atender a este para determinar si nos encontramos ante una falta o delito de hurto.

Mayores problemas suponen aquellos casos en que se sustrae el billete antes del sorteo y posteriormente resulta premiado y se realiza su cobro. En la práctica, se atiende al valor del premio, si bien la doctrina critica la incoherencia de esta solución, porque en estos casos de sustracción antes del sorteo, se atiende al valor del billete en el momento de la sustracción si no resulta premiado y, si resulta premiado, al valor del billete en el momento del sorteo. La doctrina sugiere otras soluciones: para algunos, debería aplicarse un concurso de delitos entre el hurto (por el valor material del billete) y la estafa. Sin embargo, no parece correcto calificar de estafa el cobro del premio, dado que los artículos 18 y 21 de la Instrucción General de Loterías exigen solo la presentación del billete para el cobro sin ulteriores requisitos sobre la legitimidad de su tenencia, con lo que faltaría el engaño propio de la estafa. Para otros, habrá que aplicar un concurso real entre la falta de hurto (antes del sorteo) y el delito de hurto (después del sorteo si se cobra el premio o tentativa de delito si no se llega a cobrar. Según otra opinión, finalmente, la solución correcta es entender que el valor del billete es el que representa en el momento en que se consuma la sustracción, por lo que los cambios de valor del objeto posteriores a la consumación solo pueden tenerse en cuenta de cara a la determinación del perjuicio (por tanto, a la determinación de la pena) y la responsabilidad civil.

La cosa ha de ser *mueble*, en el sentido de que pueda ser movilizada, es decir, separada fácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del agente. No coincide, por tanto, el concepto de cosa mueble con el concepto civil (Auto de la AP de Segovia n.º 162 de 1 de septiembre de 2006). Así, son bienes inmuebles, de acuerdo con el art. 334 del Código civil, los árboles, plantas y frutos pendientes mientras estuvieren unidos a la tierra, las estatuas, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación colocados en edificios por el dueño del inmueble de tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo, los abonos destinados al cultivo de una heredad que estén en la tierra donde hayan de utilizarse, etc. Todos estos bienes, considerados bienes inmuebles por el Derecho civil, son cosas muebles a efectos del delito de hurto.

La cosa mueble ha de ser además *ajena*. El que la cosa sea ajena supone que tenga un propietario, y que este propietario no sea el sujeto activo. No puede haber, por ello, hurto de la *res nullius* (cosas que no pertenecen a nadie; art. 610 CC), y de la *res derelictae* (cosas abandonadas; art. 460.1 CC). Tampoco tienen carácter de “ajena” las denominadas *res communes omnium* (cosas de todos, como por ejemplo la luz o el aire). No deben confundirse las cosas que no tienen dueño de aquellos supuestos en que el dueño no es conocido, pues es indiferente que conste o no el nombre del dueño.

Un problema interesante plantea el caso del tesoro oculto. De acuerdo con el art. 610 del Código civil, el tesoro oculto carece de dueño hasta que es descubierto. Sin embargo, una vez descubierto pertenece al dueño del terreno en que se hallare (art. 351 CC, párrafo primero), si bien el descubridor —cuando no coincida con el dueño del terreno— tiene derecho a que se le aplique la mitad del mismo.

Si quien descubre el tesoro se queda con su totalidad, la opinión dominante y la jurisprudencia han venido considerando que estamos ante una apropiación de cosa perdida, conducta recogida en el Código penal en el art. 253, pero solo por la diferencia entre la cuota que corresponde al descubridor y el total.

El tipo de hurto también exige que las cosas muebles ajenas sean tomadas *sin la voluntad de su dueño*. El consentimiento del propietario de la cosa, determina, según la opinión mayoritaria, la atipicidad del comportamiento (por cuanto el bien jurídico propiedad es disponible). El consentimiento para que sea válido debe ser otorgado por el propietario (dueño de la cosa). Si el poseedor de la cosa no es el propietario, aquél no puede dar el consentimiento válido. Si la empleada de hogar permite que un mendigo sustraiga un objeto de la casa, existirá hurto si el propietario no lo ha consentido. Sujeto activo del delito lo sería el mendigo si conoce la oposición del propietario. Si es la empleada la única que conoce la voluntad contraria del dueño será ella responsable como autora mediata. El consentimiento ha de concurrir en el momento de verificarse la acción, pudiendo ser expreso o tácito, por lo que no es necesario que el sujeto activo conozca el consentimiento y, así, no comete delito consumado de hurto el mendigo que se apodera de las frutas que el caritativo dueño pone ante su casa para tal fin, aunque, por no conocer el consentimiento, el mendigo responderá por tentativa de hurto. La doctrina mayoritaria estima que el consentimiento del menor o incapacitado es irrelevante y existe, por tanto, hurto. Si el consentimiento está viciado por el engaño puede haber un delito de estafa.

3. Tipo subjetivo

Es necesario el dolo, esto es, la conciencia y voluntad de tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño.

Es necesario, además, un elemento subjetivo de lo injusto: el ánimo de lucro. Este ha sido interpretado de forma muy amplia por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo entiende el lucro como “cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo” (STS n.º 416, de 23 de mayo de 2007). La doctrina ha criticado esta interpretación, pues una concepción tan amplia de lucro no permite distinguir claramente entre el delito de hurto y el delito de daños cuando se realiza para conseguir alguna ventaja patrimonial. Además, partiendo de esta configuración, la diferencia entre el delito de hurto y el hurto de uso de vehículos, que radica precisamente en el ánimo, desaparecería. El art. 244 del Código penal (robo y hurto de uso de vehículos) exige que la sustracción del vehículo de motor o ciclomotor tenga lugar “sin ánimo de apropiárselo”. Si se da este ánimo estaríamos ya ante un delito de hurto. No podemos negar que el hurto de uso de un vehículo de motor o ciclomotor aporta un provecho, un beneficio al sujeto activo, pero no es suficiente para determinar la existencia del ánimo de lucro exigido en el delito de hurto.

La doctrina entiende por ánimo de lucro aquella tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Por tanto, lucro será la ventaja patrimonial que el sujeto activo obtiene al incorporar una cosa con valor económico a su propio patrimonio, pudiendo comportarse respecto de ella como dueño, es decir, adquiriendo un poder fáctico sobre la misma sin obstáculo a la realización inmediata de su voluntad sobre la propia cosa (se apropia de la cosa como dueño y con intención de hacerla suya). No habrá por tanto ánimo de lucro si el sujeto toma la cosa para destruirla (no se incorpora al patrimonio del autor), ni tampoco habrá

ánimo de lucro en el hurto de uso del art. 244 del Código penal en la medida en que el sujeto no toma la cosa con la finalidad de apropiársela.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que hay ánimo de lucro no solo cuando se obtiene la ventaja patrimonial de modo personal, sino también cuando la cosa sustraída se entrega o dona a un tercero.

El ánimo de lucro queda excluido por el ánimo de hacerse pago con la cosa sustraída, cuando el que realiza la sustracción es un acreedor del propietario de la misma. Esta conducta podría ser enjuiciada, en su caso, con base en el tipo de la realización arbitraria del propio derecho del art. 455, si se dan los requisitos que el tipo exige.

4. Antijuridicidad

Cabe hacer mención especial al llamado “hurto famélico o necesario”. Se trata de determinar el tratamiento que merece, a la luz del estado de necesidad, el hurto que encuentra su origen en la satisfacción de necesidades primarias, como por ejemplo hurto de alimentos para comer, de leña para calentarse o de ropa para vestirse. En el hurto famélico no se dará generalmente un conflicto entre la vida y la propiedad, pues si el peligro de muerte por inanición fuera inminente, el sujeto no estaría en condiciones de tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, ni de ingerir alimento alguna. Más bien habrá un conflicto entre el respeto a la propiedad de los bienes ajenos y el sufrimiento que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida deparan al ser humano. El Tribunal Supremo admite la aplicación de la eximente de estado de necesidad en los supuestos de hurto famélico o necesario, aunque ha sido bastante riguroso en la aplicación de la eximente completa, al exigir durante mucho tiempo que existiera un peligro para la vida y que el sujeto no pudiera obtener ayuda para satisfacer sus necesidades acudiendo a la beneficencia pública o privada.

5. Grados de ejecución del delito

La vaguedad con que nuestro legislador describe la acción en el delito de hurto (“tomare las cosas muebles”) hace que existan problemas para precisar el momento consumativo del hurto.

Tradicionalmente se han defendido cuatro teorías al respecto:

—Teoría de la *contrectatio*, para la que el delito de hurto queda consumado con el simple tocar la cosa por parte del sujeto activo,

—Teoría de la *aprehensio*, en virtud de la cual sería necesario tocar y tener algún poder sobre la cosa,

—Teoría de la *ablatio*, que exige para que se dé la consumación que la cosa se haya desplazado del lugar en que se encontraba, esto es, separación de la cosa mueble de su lugar de colocación en el espacio y,

—Teoría de la *illatio*, que exige para la consumación que la cosa haya quedado a la entera disposición del sujeto activo, es decir, que haya sido incorporada al propio patrimonio del sujeto activo.

Hoy en día es prácticamente unánime en la doctrina española el criterio que entiende que la consumación en el delito de hurto tiene lugar cuando el autor, después de apoderarse de la cosa, tiene la posibilidad de disposición sobre la misma (teoría de la disponibilidad). No es preciso un real y efectivo aprovechamiento de la

cosa (agotamiento del delito), sino que es suficiente la mera posibilidad de disponer de ella. La teoría de la disponibilidad exige para la consumación algo más que desplazar la cosa del ámbito de poder del sujeto pasivo, porque requiere que el sujeto activo tenga la posibilidad de ejercitar las facultades dominicales.

Especial interés tiene este criterio para la resolución de aquellos casos en que se da una persecución del autor de la sustracción. Jurisprudencia constante considera que si el autor de la sustracción es perseguido inmediatamente desde el mismo momento del apoderamiento, y se le detiene, se entiende que la posibilidad de disposición no se ha dado todavía y por lo tanto no hay consumación, sino tentativa (acabada) (así, entre otras muchas, SAP de Madrid n.º 75, de 15 de febrero de 2008). Por el contrario, si la persecución se interrumpe o no comenzó inmediatamente después del apoderamiento, se dice que, aunque sea momentáneamente, el autor ha tenido posibilidad de disposición, y, por tanto, el delito se ha consumado.

De acuerdo con este criterio, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran posibles las formas imperfectas de ejecución. En general, se ha venido entendiendo que existe tentativa (tentativa inacabada) cuando no se logra tocar o coger la cosa mueble, a pesar de que el comportamiento se realiza con esa finalidad, o cuando se da un apoderamiento efectivo de la cosa pero no se da la posibilidad de disposición de la cosa, por ejemplo, porque ha sido sorprendido *in fraganti*, o ha sido perseguido ininterrumpidamente (tentativa acabada). Se dará la consumación si se produce la aprehensión de la cosa y la posibilidad de disposición aunque sea meramente potencial y momentánea.

6. Autoría y participación

Caben todas las formas de participación. Cabe también la autoría mediata valiéndose el sujeto, por ejemplo, de un tercero que nada sabe, que toma la cosa mueble ajena y la entrega al sujeto activo creyendo que es su dueño. En materia de coautoría, indica el Tribunal Supremo que la realización conjunta del hecho a la que se refiere el art. 28 CP “implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, en este caso la apropiación, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. En consecuencia, (...) a través del desarrollo del ‘pactum scaeleris’ y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo” (STS n.º 416, de 23 de mayo de 2007).

7. Concursos

Resulta de particular interés en este delito la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado regulada en el art. 74 del Código penal. Como indica el apartado 2 de este artículo, si se trata de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Ello significa que si el sujeto activo ha realizado varias conductas de hurto cuya cuantía individual no supera los 400 euros pero todas ellas sumadas sí superan dicho límite la conducta debe ser calificada como delito. En cambio, no es posible aplicar la especial agravación prevista en el apartado primero del art. 74, pues ello supondría la vulneración del principio *ne bis*

in idem: primero se sumarían todas las cuantías, lo que serviría para calificar la conducta como delito y luego se tendrían en cuenta todas las infracciones para agravar la pena.

8. Penalidad

El art. 234 del Código penal castiga el hurto con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.

III. TIPOS AGRAVADOS

El art. 235 del Código penal recoge una serie de hurtos calificados. Los supuestos recogidos en el art. 235 del Código penal son los siguientes:

1) Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico (art. 235.1)

Esta modalidad agravada de hurto constituye el corolario del art. 46 de la Constitución española, en donde se dispone que la Ley penal sancionará los atentados contra el patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España y de los bienes que la integran.

La doctrina ha venido discutiendo si el valor histórico, cultural o artístico es un elemento normativo pendiente de valoración o si por el contrario se trata de un elemento normativo ya valorado en las disposiciones pertinentes y, en particular, en la Ley de 25 de junio de 1985 del Patrimonio Histórico español.

Para algunos autores, por “cosa de valor histórico, cultural, artístico o científico” han de entenderse los bienes inventariados o declarados de interés cultural, en los términos previstos en la Ley citada, en cuyo art. 1.º se dice que solo los bienes más relevantes serán objeto de este inventario o declaración de interés cultural.

Pero la mayoría de la doctrina entiende que si la cualificación que ahora analizamos es un desarrollo del art. 46 de la Constitución española, tal cualificación afectará a todos los bienes integrantes de tal patrimonio cualquiera que sea su régimen jurídico o su titularidad. Que haya que acudir a la Ley de Patrimonio Histórico de 1985 para dotar de contenido al concepto legal no obliga a reducirlo a los bienes inventariados, puesto que, como ya hemos dicho, el art. 1.º de esta Ley establece que solo deberán serlo los más relevantes, relevancia que no se exige en el apartado 1 del art. 235 del Código penal.

Por tanto, será el interprete, atendiendo a las valoraciones sociales imperantes en el momento de la aplicación del precepto, quien determine, ayudado por un perito, si la cosa posee un valor histórico, cultural o artístico. Lo mismo cabe decir respecto de las cosas de valor científico.

2) Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público (art. 235.2)

En realidad se está haciendo referencia a dos supuestos distintos: cosas de primera necesidad, por un lado, y cosas destinadas a un servicio público, por otro.

Cuando se trate de cosas de primera necesidad, su sustracción ha de ocasionar una situación de desabastecimiento. Lo cierto es que hoy en día es difícil que un hurto provoque tal situación de desabastecimiento. Un ejemplo podría ser el hurto

sobre una medicina escasa, o sobre los escasos alimentos de un pequeño pueblo del Pirineo aragonés incomunicado por la nieve. Cosas de primera necesidad serán como su nombre indica las que sirven para satisfacer necesidades primarias: alimentos, medicamentos, calzado, vestidos, productos de limpieza o aseo, pero no los artículos de lujo.

La sustracción de cosas destinadas a un servicio público solo cualifica si ocasionare un grave quebranto a este. Grave quebranto será una alteración esencial del servicio, sin exigirse una paralización total del mismo. Este supuesto no se está refiriendo a las meras molestias.

3) Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración (art. 235.3)

A partir de la década de 1990 la jurisprudencia viene considerando como “de especial gravedad” la sustracción de cosas, efectos o dinero cuyo valor supera los 12.000 euros (véase STS n.º 1702 de 15 de octubre de 2002).

El segundo inciso, del apartado 3, del art. 235, hace referencia a los “perjuicios de especial consideración” producidos.

La diferencia entre el valor de lo sustraído y el perjuicio causado explica que se pueda aplicar esta agravación (y el Tribunal Supremo así lo hace) en casos en que el valor de lo sustraído no es objetivamente muy elevado pero en el caso concreto la sustracción implica un perjuicio patrimonial grave por la funcionalidad que posee la cosa para la víctima.

4) Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima (art. 235.4)

En cuanto a la primera modalidad, no es necesario que a la víctima o a su familia le sobrevenga una situación de pobreza, sino que basta con una alteración grave de su situación económica, aunque sea transitoria.

La otra agravación recogida en este apartado 4 es la de que el hurto se haya realizado “abusando de las circunstancias personales de la víctima”. Puede tratarse de supuestos de abuso de superioridad, es decir, será aplicable al caso en que haya una “notoria desproporción de fuerzas entre el sujeto activo y el pasivo”, pero el abuso puede fundarse también en otras circunstancias, como el estar dormida la víctima, embriagada, etc.

5) Cuando se utilice a menores de 14 años para la comisión del delito (art. 235.5)

Aunque la interpretación de este tipo agravado es dudosa, parece que se castiga aquí de forma agravada un supuesto de autoría mediata por utilización como instrumento en la comisión del delito de un menor de 14 años, que es inimputable.

Si concurre alguno de estos supuestos estudiados, el hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. Ahora bien, estas circunstancias han de ser abarcadas por el dolo. Y así, si el sujeto desconoce, por ejemplo, que la cosa sustraída tiene un valor artístico, la conducta solo realizará el tipo básico de hurto.

Por otra parte, si concurre más de una de estas cualificaciones, dos con las opciones que se defienden: para algunos, una de ellas será utilizada para constituir el hurto agravado y el resto funcionarán como agravantes genéricas, por lo que serán de aplicación las reglas del art. 66.3 o 66.4 CP; para otros, lo correcto es considerar que estamos ante un supuesto de concurso ideal de circunstancias cualificantes, con la consiguiente aplicación de la regla del art. 77 CP.

IV. FALTA DE HURTO

Si el valor de lo hurtado no excede de 400 euros estamos ante una falta de hurto del apartado 1 del art. 623 del Código penal, castigada con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses. A continuación, el precepto establece una penalidad específica para los casos de perpetración reiterada de esta falta, en virtud de la cual se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. Para apreciar la reiteración debe atenderse al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas.

V. LA CONVERSIÓN DE LA FALTA EN DELITO EN CASO DE HABITUALIDAD

El párrafo segundo del art. 234 contempla el delito de hurto por acumulación de faltas. Según lo dispuesto en ese precepto, debe castigarse con la pena del delito de hurto a quien en el plazo de un año realice tres veces la conducta de la falta de hurto, siempre que el valor acumulado de las cosas hurtadas supere los 400 euros. Este párrafo se introdujo a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre y ha sido reformado en virtud de la LO 5/2010. Con esta agravación de la pena se evita la sanción muy inferior que resultaría de aplicar un concurso real de faltas, se esquivan los requisitos para la aplicación del delito continuado y se abre la posibilidad de acordar la prisión provisional tras una tercera falta (Robles Planas).

En definitiva, se pretende combatir el fenómeno de la habitualidad delictiva en la delincuencia patrimonial leve. La habitualidad delictiva se distingue de la reincidencia en que para esta es necesaria que el sujeto haya sido juzgado y condenado por infracciones anteriores. En el delito de hurto basta con que a la hora de ser juzgado se aprecie que en el periodo de un año anterior a la última infracción el reo ha cometido tres conductas constitutivas de falta de hurto. Entonces, en lugar de castigar por tres faltas, se aplicará la pena del delito si el valor total de lo sustraído excede de 400 euros. Debe quedar claro que para aplicar la pena del delito por acumulación de faltas ninguna de esas tres faltas ha de haber sido juzgada y condenada pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio *non bis in idem* (la Circular de la Fiscalía General del Estado de 18 de diciembre de 2003 afirma que basta con que se haya celebrado el juicio por alguna de esas faltas, aunque no haya recaído sentencia, para que no se pueda tomar en consideración esa falta). Tampoco podrá apreciarse la pena del delito de hurto por acumulación de faltas si una de las tres infracciones que se han cometido en el periodo de un año es constitutiva de delito.

Esta regulación es criticable por evocar la idea de un Derecho penal de autor más que la de un Derecho penal de acto (Muñoz Conde). Pero, además, es discutible que pueda tener aplicación práctica. En primer lugar, porque el delito de hurto entra en el ámbito de aplicación de los denominados juicios rápidos, de manera que lo lógico es que cuando una persona cometa una tercera falta haya sido ya juzgada por las anteriores. En segundo lugar, las faltas prescriben a los seis meses, por lo que si respecto de alguna de ellas ha transcurrido ese plazo sin ser perseguida judicialmente

habrá que declararla prescrita y es discutible que pueda tenerse en cuenta a efectos de aplicar el párrafo segundo del art. 234 (Álvarez García).

VI. SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA (*FURTUM POSSESSIONIS*)

De acuerdo con el art. 236 CP: *“Será castigado con multa de tres a doce meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros”*.

A pesar de que el legislador recoge esta figura en el Capítulo I, del Título XIII, dedicado a los hurtos, no estamos ante un hurto, ni siquiera para el propio legislador, pues éste no considera “reo de hurto” al sujeto activo de la conducta recogida en el art. 236, como sí hace con el autor del delito del art. 234. Además, si se considerase hurto la conducta del art. 236, hubiese bastado con el apartado 1 del art. 623 del Código penal para castigar la falta de hurto, y, sin embargo, el legislador dedica el apartado 2 de este mismo artículo, para castigar la falta de la “conducta descrita en el artículo 236”.

Por otro lado, el bien jurídico protegido en este precepto no es la propiedad como en el hurto, sino la posesión, pero solo en los supuestos en que sea legítima.

Sujeto activo del delito es el dueño de la cosa o quien actúa con el consentimiento de este. Sujeto pasivo será el legítimo poseedor.

Por sustracción ha de entenderse el comportamiento descrito en el art. 234 CP (apoderamiento traslativo), de modo que no es aplicable el precepto en los casos en que, en lugar de sustraer, el sujeto recibe mediante engaño la cosa, o, simplemente, se encuentra la cosa.

Para que el delito quede consumado es necesario un perjuicio del poseedor legítimo o de un tercero.

Para que la conducta en estudio constituya delito, el valor de la cosa mueble sustraída debe exceder de 400 euros. En caso contrario estaremos ante la falta recogida en el apartado 2 del art. 623 del Código penal, castigada con localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses.

LECCIÓN 19*

ROBO

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo II, del Título XIII, del Libro II del Código penal está dedicado a los robos. El art. 237 CP define el delito de robo en los siguientes términos: “*Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas*”.

Son muchos los elementos comunes entre el delito de robo y el hurto: en ambos el bien jurídico protegido es la propiedad; el objeto material del delito tiene que ser una cosa mueble ajena; la acción consiste en el apoderamiento de la cosa mueble ajena y se exige también el elemento subjetivo del ánimo de lucro. La diferencia con el hurto estriba en el medio empleado para dicho apoderamiento, que en el robo se lleva a cabo empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde estas se encuentran o con violencia o intimidación en las personas.

Hay, por tanto, dos tipos de robo: el robo con fuerza en las cosas (arts. 238 a 241 CP) y el robo con violencia o intimidación en las personas (art. 242 CP). La relación existente entre ellos es de un concurso de leyes a resolver por el principio de subsidiariedad a favor del delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Si en el delito de robo con fuerza en las cosas concurre también violencia o intimidación en las personas es de aplicación preferente el art. 242 CP.

No existen faltas de robo. Dada su gravedad, el robo siempre es delito.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de robo se castiga en el art. 269 del Código penal con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para este delito.

II. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

1. Concepto legal de fuerza en las cosas

El art. 237 CP señala que “*son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran*”. Por su parte, el art. 238 del Código penal establece qué ha de entenderse por robo con fuerza en las cosas: “*son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1.º Escalamiento.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

* Carmen Alastuey Dobón

3.º *Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.*

4.º *Uso de llaves falsas.*

5.º *Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda”.*

Antes de analizar cada uno de estos supuestos conviene realizar una serie de consideraciones generales.

La estructura de este delito es la propia de un tipo mixto alternativo, y, por tanto, para que el hecho pueda ser calificado como robo basta con la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 238 CP. Si concurren varias o todas las modalidades del art. 238 habrá que apreciar un único delito de robo con fuerza en las cosas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que si la fuerza en las cosas ocasiona daños (arts. 263 y ss. CP), estos quedan subsumidos en el robo.

El concepto jurídico de fuerza en las cosas es un concepto legal cerrado o de *numerus clausus*, de tal manera que solo hay fuerza en las cosas si se da alguna de las modalidades taxativamente establecidas y numeradas en el art. 238 CP. No todo empleo de fuerza en las cosas constituye robo, sino solamente el apoderamiento de la cosa concurriendo alguna de las circunstancias recogidas en el art. 238 CP.

El concepto vulgar de fuerza en las cosas no coincide con el concepto jurídico que se recoge en este artículo. Nos encontramos, por tanto, ante un concepto normativo distinto del vulgar. En algunos casos el concepto legal es más restrictivo que el concepto vulgar (por ejemplo, arrancar una estatua para sustraerla no constituye un delito de robo, sino un delito de hurto) y en otros supuestos el concepto legal es más amplio que el concepto vulgar (por ejemplo, el uso de llaves falsas).

El fundamento de la agravación del robo con fuerza en las cosas con respecto al hurto es el mayor desvalor de la acción, por el medio o forma de realizarla. Como señala la doctrina, los casos en que el Código penal considera que hay fuerza en las cosas son supuestos en los que el autor, para realizar el apoderamiento, es preciso que salve determinados obstáculos o barreras que el propietario ha dispuesto para otorgar a las cosas de su propiedad una protección en sentido fáctico, lo que le exige desplegar una mayor energía criminal (Pérez Manzano). Tanto el escalamiento, como la fractura exterior o interior, el uso de llaves falsas o la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda, presuponen la existencia de determinadas defensas adoptadas por el sujeto pasivo para la protección de sus bienes, cuyo vencimiento por parte del sujeto activo denotan mayor habilidad o esfuerzo, y, en definitiva, mayor energía criminal que la que aparece en el hurto, que el legislador considera suficiente para fundamentar un tratamiento penal diferente y más severo.

El art. 237 CP deja meridianamente claro que el empleo de fuerza en las cosas ha de ser “para acceder al lugar donde éstas se encuentran”. Por tanto, la fuerza que describe el art. 238 ha de ser precisamente el medio o instrumento para realizar el apoderamiento, para llevar a cabo la sustracción de la cosa. Entre el acto de apoderamiento de las cosas muebles y los casos de fuerza debe existir necesariamente una conexión o relación, en el sentido de que los hechos constitutivos de fuerza tienen que ser necesariamente el medio a través del cual el sujeto accede al apoderamiento. Si no se da esa conexión no habrá delito de robo con fuerza en las cosas, sino hurto. La fuerza debe realizarse con anterioridad o

coetáneamente al acto de apoderamiento del objeto, ya que el fundamento de esta figura reside en la mayor energía desplegada por el autor para vencer los obstáculos puestos por el sujeto pasivo en defensa de su propiedad y, por tanto, para dificultar el acceso a los objetos que le pertenecen. Si la fuerza se realiza después de la aprehensión física del objeto (y antes de la consumación), la fuerza no convierte el apoderamiento en robo, porque esta no ha sido ejecutada para vencer los obstáculos puestos por el propietario y así acceder a la cosa, sino para asegurar la aprehensión ya realizada. Así por ejemplo, no habrá robo con fuerza en las cosas cuando con posterioridad a la sustracción de la cosa, se fractura una puerta o ventana para poder huir. Esto supone una diferencia con el robo con violencia o intimidación en las personas, donde, por el especial desvalor que implica el atentado a la integridad o libertad de las personas, es político-criminalmente adecuada la calificación de robo también cuando la violencia se utiliza después de la sustracción del objeto (pero antes de la consumación) siempre que sea necesaria para asegurar el apoderamiento.

Por otra parte, la cláusula “para acceder al lugar” donde se encuentran las cosas tiene como consecuencia que si la fuerza se ejerce exclusivamente sobre la misma cosa que se quiere sustraer, no estemos ante un robo sino ante un hurto (por ejemplo, llevarse un coche que está en la calle tras romper el cristal y hacer el puente). Tampoco podrán calificarse de robo los supuestos en que la fuerza se ejerce sobre un objeto al que la cosa se encuentra unida para su protección (así la rotura de la cadena de un ciclomotor para sustraerlo).

Finalmente, hay que recordar que el comienzo de la ejecución y, por tanto, la tentativa se da desde el momento en que comienza a ejercerse la fuerza en las cosas.

Analizaremos ahora cada una de los supuestos recogidos en el art. 238 del Código penal:

1.º Escalamiento

El Código penal no define el escalamiento. En sentido literal, escalar consiste en trepar o subir por un determinado lugar. La jurisprudencia, tradicionalmente, ha venido interpretando el escalamiento como “la entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto”, recogiendo la definición de escalamiento que contenía el CP de 1848 y se mantuvo hasta el CP de 1932.

Siguiendo ese planteamiento, la jurisprudencia ha considerado durante mucho tiempo que hay escalamiento cuando se accede por una ventana siendo indiferente que haya o no fractura, que estuviera abierta o cerrada o a la altura que la separa del suelo; cuando se salta por el balcón corredizo de una terraza común (STS de 10 de marzo de 1983); cuando se salta una tapia y se entra en el restaurante por una puerta abierta (STS de 5 de abril de 1982); cuando se aprovecha un andamio existente para entrar por una ventana (STS de 9 de octubre de 1987); y, finalmente, en una interpretación bastante amplia, cuando se penetra por un hueco existente en la pared y se asciende por una escalera en desuso (STS de 26 de febrero de 1985).

Con este concepto (“entrada por una vía no destinada al efecto”) se amplía el concepto vulgar de “escalar” (trepar o subir por un determinado lugar). Así, hay escalamiento, por ejemplo, cuando el sujeto entra en una casa por una alcantarilla. La ampliación tiene sentido porque tanto si se penetra por arriba como por abajo se entra en un lugar protegido por el propietario.

Pero la jurisprudencia más reciente, desde la STS de 20 de marzo de 1990, interpreta de manera más restrictiva el concepto de escalamiento, y considera que este “sólo se debe apreciar cuando, en la utilización de vías no destinadas al acceso,

el autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predispuestos para la defensa de la propiedad”. Así, en el caso de que un sujeto entre en una ventana que se encuentra casi a ras de suelo, dado que la “energía criminal desplegada no difiere sustancialmente de la que hubiera necesitado para entrar por la puerta”, la sustracción solo puede calificarse de hurto. A este respecto pueden verse también las SsTS n.º 1615, de 5 de noviembre de 2001 (superación de un muro de un metro de altura) y la n.º 143 de 7 de febrero de 2001 (acceso a través de una ventana o balcón a nivel de calle).

Para evitar una interpretación amplia de este concepto, un sector doctrinal ha venido exigiendo un acceso personal ilícito del sujeto al lugar en que se encuentra la cosa, por lo que no habrá escalamiento (y, por tanto, robo con fuerza en las cosas) cuando se coge la cosa a través de un ventana que está abierta o cuando se sustraiga con una cuerda o palo desde fuera del lugar donde se hallan. Desde este punto de vista se exigiría la entrada del sujeto activo en un lugar cerrado. Sin embargo, no parece que deba restringirse el escalamiento a estos supuestos, de manera que si el sujeto activo utiliza alguna herramienta o medio tecnológico para acceder al lugar donde se encuentra la cosa se cumplirán las exigencias típicas del robo con fuerza en las cosas, aunque el sujeto activo no esté presente personalmente en el espacio de que se trate (Álvarez García).

En cualquier caso, lo que sí es imprescindible es que el sujeto activo venza un obstáculo puesto por la víctima para defender la cosa, por lo que no constituiría escalamiento el utilizar una escalera de mano para desde ella poder coger un objeto valioso que se encuentra en el alféizar de una ventana, además de que en este ejemplo la cosa no se encuentra en un espacio delimitado del exterior al que sea necesario acceder (así Pérez Manzano).

El escalamiento debe ser el medio empleado para acceder al lugar donde se encuentra el objeto, y por tanto no podrá apreciarse tal modalidad de comportamiento cuando se utiliza para salir del lugar y no para entrar en el mismo: no integra el robo el denominado escalamiento de salida, esto es, el utilizado para salir del lugar, una vez tomada la cosa.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana

Esta circunstancia es denominada por doctrina y jurisprudencia "fractura exterior" y consiste en la aplicación de fuerza física que produzca como resultado la rotura o fractura de los objetos que se mencionan en el precepto. Aunque la fórmula legal parece sugerir que ha de tratarse de edificios o inmuebles, también es posible aplicar esta modalidad a objetos muebles que, por su tamaño o destino, pueden albergar personas, de manera que se incluye toda estructura que delimita un espacio exterior con la finalidad de obstaculizar el apoderamiento de la cosa. Así, la jurisprudencia viene aplicando el n.º 2 del art. 238 a supuestos en que la fractura recae sobre, por ejemplo, vagones de ferrocarril o, más frecuentemente, ventanillas de coches para apoderarse de un objeto en su interior. Por fractura de puerta o ventana debe entenderse no solo la fractura física de ambas, sino también la de la cerradura, candados o la rotura de los cristales (STS n.º 143, de 7 de febrero de 2001: manipular las persianas y violentar el cierre de las hojas interiores de las ventanas).

Desde el punto de vista práctico esta modalidad de fuerza en las cosas plantea problemas en dos grupos de casos. En primer lugar, la doctrina discute sobre si realizan esta modalidad típica los casos en que la fuerza recae sobre objetos distintos

de los mencionados expresamente como, por ejemplo, escaparates, vallas metálicas, y, particularmente, la cerradura del maletero de un coche (sobre la discusión Álvarez García), aunque en el último ejemplo suele acudir a la modalidad de fractura interior, que veremos después. En segundo lugar, también son dudosos los casos en que no se llegan a fracturar o romper los objetos, sino en los que se utiliza destreza para neutralizar la protección que brindan los elementos que separan las cosas del exterior, como desmontar la puerta o los cristales de una ventana. Sobre este particular hay que decir que la jurisprudencia ha interpretado de forma muy amplia el tenor literal del precepto, entendiendo que hay fractura “en todo esfuerzo material y físico empleado sobre los elementos o mecanismos de seguridad o cerramiento colocado por su propietario para proteger sus bienes” (STS de 7 de febrero de 1986). En sentencias recientes el Tribunal Supremo admite la aplicación de esta modalidad de fuerza en las cosas en supuestos de apalancamiento sin fragmentación de la cosa sobre la que se ejerce la fuerza (véase, entre otras, la STS n.º 593, de 27 de marzo de 2002: apalancar la puerta de entrada de un restaurante).

La fractura debe ser el medio para la sustracción, no dando lugar al robo cuando se utiliza para salir del lugar del apoderamiento, en cuyo caso habrá un hurto en concurso con daños.

Por otra parte, si se fractura una puerta o una ventana con la finalidad, no de entrar en un lugar, sino la de apoderarse de ellas, el hecho cometido no es robo, sino hurto. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 negó la calificación de robo con fuerza en las cosas en un caso de apoderamiento de cinco puertas, después de arrancarlas, con intención de venderlas posteriormente.

Finalmente, si se fractura, por ejemplo, una puerta, sin intención de robar, surgiendo dicha intención con posterioridad, habrá daños en concurso con un hurto.

3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo

La doctrina ha denominado a este supuesto “fractura interior”, que presenta dos modalidades.

La primera consiste en utilizar *fuerza física* para fracturar determinados objetos en los que se encuentran las cosas que luego serán objeto del apoderamiento. La jurisprudencia ha apreciado esta circunstancia con reiteración cuando se hacen saltar las cerraduras del maletero, guantera, o el tapón de gasolina del vehículo para apoderarse de las cosas contenidas en aquellos o de la gasolina.

Así como en el caso de la denominada “fractura exterior” hemos visto que el Tribunal Supremo la aplica aunque la puerta o ventana no haya resultado fragmentada —casos de apalancamiento—, en la fractura interior realiza una interpretación más restrictiva, exigiendo la fractura del recipiente donde se contiene el objeto o que la cerradura haya sido forzada (STS n.º 742 de 26 de abril de 2000) y niega, en consecuencia, que exista fractura interior —y, por tanto, robo— en un caso en que el sujeto activo arquee los cristales de una vitrina sin romperlos (véase la STS n.º 1142, de 22 de junio de 2000).

Se incluye también en esta modalidad de fuerza en las cosas, en segundo lugar, el *descubrimiento de las claves* de los objetos donde se encuentran las cosas a sustraer. Esta referencia confirma la naturaleza normativa del concepto de fuerza en las cosas, pues en este supuesto no se produce la fractura del objeto mueble y ni

siquiera se fuerza su cerradura, sino que se usa destreza para abrir un objeto sin utilizar fuerza física.

En ambos casos, la fractura puede producirse, por expresa disposición del legislador, “en el lugar del robo o fuera del mismo”. Por tanto, la fuerza será típica aunque el sujeto activo no la despliegue en el lugar en que se encuentre el continente de la cosa.

Por otra parte, suele indicarse que las fracturas o rompimientos solo podrán determinar la apreciación del delito de robo con fuerza en las cosas cuando no constituyan el medio natural de apertura del objeto de que se trate. Así, por ejemplo, el rompimiento de una hucha de barro o el de los precintos que lleve una caja no podrán estimarse como fuerza en las cosas.

4.º Uso de llaves falsas

El uso de llaves falsas determina, por imperativo del n.º 4 del art. 238 del Código penal, fuerza en las cosas.

El art. 239 contiene un concepto legal de llave falsa: “*Se considerarán llaves falsas:*

1.º Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

2.º Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3.º Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

A los efectos del presente artículo, se considerarán llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar”.

Ni el concepto de llave ni el carácter falso de la misma tienen en el art. 239 del Código penal un sentido vulgar. De una parte, el legislador considera “llaves” objetos que en el lenguaje ordinario no reciben tal nombre, como las ganzúas, las tarjetas magnéticas o perforadas, o los mandos de apertura a distancia, y, de otra parte, se consideran “falsas” a las que evidentemente no lo son, como, por ejemplo, las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. El concepto de llave falsa tiene, en consecuencia, un carácter normativo.

Como acabamos de ver, los supuestos de llave falsa son los siguientes:

1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos

La ganzúa es un alambre fuerte y doblado por una parte, a modo de garfio. Los “instrumentos análogos” a que se refiere el n.º 1 del art. 239 tendrán que poder ser calificados de llaves, es decir, tendrán que poder abrir sin romper, por lo que se excluyen los destornilladores, sopletes, etc., que, más que abrir, fracturan la cerradura (en este caso se aplicará el art. 238.2.º). Análogo será cualquier instrumento (por ejemplo, un hierro, una tarjeta de plástico) mediante el cual se pueda descorrer el pestillo de la cerradura sin forzar (si se fuerza estamos ante el rompimiento de puerta del art. 238.2.º). Estamos ante la llamada “entrada limpia”. El Tribunal Supremo ha incluido aquí el utilizar una moneda introducida con un hilo fino para sacar tabaco de una máquina expendedora (STS n.º 257, de 18 de febrero de 2000).

2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal

Con las “llaves obtenidas por un medio que constituya infracción penal” se alude a las llaves que han sido objeto de una previa falta de hurto, estafa o apropiación indebida o de un delito de robo con fuerza en las cosas o de robo con violencia o intimidación en las personas. Si el sujeto ha obtenido la llave cometiendo una falta de hurto, estafa, apropiación indebida o un delito de robo con fuerza en las cosas y luego utiliza esta llave ilícitamente obtenida para acceder al lugar donde se encuentran las cosas muebles ajenas de las que quiere apoderarse, habrá un concurso de leyes entre la infracción penal cometida al hacerse con la llave y el robo con fuerza en las cosas por uso de llave falsa. Este concurso de leyes se resuelve por consunción a favor del robo con fuerza en las cosas (es decir no se aplica, además, la pena del hurto, robo, estafa o apropiación indebida de la llave). Si la llave que se utiliza para sustraer las cosas muebles ajenas se ha obtenido utilizando violencia o intimidación en las personas, parece más adecuado considerar que se da un concurso de delitos —medial— entre el robo con violencia o intimidación (por la sustracción de la llave) y el robo con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia excluye del ámbito del art. 239.2.º las hipótesis de uso autorizado de la llave, de manera que quien tiene disponibilidad sobre las llaves de acceso a la vivienda solo comete hurto si sustrae alguna cosa de su interior (véase STS n.º 729, de 16 de julio de 2010). Por otra parte, se discute si pueden incluirse en el concepto de “llaves perdidas” los supuestos en que el propietario las deja olvidadas en un lugar visible, por ejemplo, en la puerta. Pese a que indudablemente se trata de llaves perdidas, la doctrina suele entender que por razones político-criminales no es conveniente tratar estos supuestos como robo, al haber infringido el propietario sus deberes de autoprotección y no necesitar en consecuencia el sujeto activo desplegar una energía criminal que justifique la imposición de la pena del robo (Pérez Manzano y Robles Planas).

3. Cualesquiera otras llaves que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo

Se designan aquí objetos con forma y función de llave, que pueden ser copias de las llaves legítimas o llaves distintas de estas que eventualmente puedan abrir la cerradura como, por ejemplo, una llave maestra.

Vistos los supuestos considerados por el precepto como llaves falsas, conviene ocuparse ahora del contenido del último párrafo del art. 239, en virtud del cual “se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar”. Al amparo de este inciso, el Tribunal Supremo ha mantenido durante mucho tiempo que los casos de utilización en cajeros automáticos de una tarjeta de crédito ajena, previamente sustraída a su propietario o extraviada por este, deben considerarse robo con fuerza en las cosas (así, por ejemplo, STS n.º 35, de 22 de enero de 2004 y Auto n.º 302, de 19 de enero de 2006). Sin embargo, en los últimos años el Tribunal Supremo viene considerando más adecuado calificar estos casos como estafa. En este sentido pueden citarse las SsTS n.º 369, de 9 de mayo de 2007 y la n.º 663, de 30 de mayo de 2009. En esta última se indica que “la fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para acceder al lugar donde éstas se encuentren”, lo que permite calificar de robo el empleo de una tarjeta para acceder al lugar donde están las cosas que se quieren sustraer (tarjeta como llave de habitación de hotel a la que se entra para robar algún objeto) pero “el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el

interior del mismo al que en ningún momento se accede”. Con estos argumentos el TS acudía al art. 248.2 anterior a la reforma operada por la LO 5/2010 (estafa cometida mediante manipulación informática o artificio semejante), lo que planteaba problemas de legalidad. En la aludida reforma de 2010 se introduce una nueva modalidad de estafa en el art. 248.2 c), que pretende abonar la consideración de estos supuestos como estafa. De acuerdo con este precepto, se consideran también reos de estafa “los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”. Ahora bien, la polémica no se ha zanjado pues el hecho de que la conducta presente las características propias de un apoderamiento, más que de una defraudación, provoca que un sector de la doctrina se muestre favorable a seguir calificando estos supuestos de robo (Robles Planas).

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

Este supuesto supone un acomodo del concepto legal de fuerza en las cosas a la realidad social de nuestros días. Al igual que en los números anteriores, el sujeto activo ejerce una mayor energía criminal para superar las trabas, los obstáculos que el sujeto pasivo coloca en defensa del objeto. Para vencer tales obstáculos, que en el caso concreto son sistemas específicos de alarma o guarda, el sujeto activo los inutiliza. Esta conducta ha de entenderse no solo como equivalente al rompimiento o fractura, sino también como cualquier modo de desactivar su funcionamiento, esto es, de dejar sin operatividad o sin la operatividad a la que estaban destinados estos sistemas específicos. En definitiva, inutilizar equivale a impedir que funcionen correctamente.

Se habla de “sistemas específicos” de alarma o guarda, por lo que se está haciendo referencia a sistemas especialmente diseñados o pensados para alertar de la entrada de personas a un lugar determinado. Será indiferente que la alarma o guarda consista en la emisión de señales acústicas, luminosas, electromagnéticas o de otro tipo.

2. Tipo básico

El tipo básico de robo con fuerza en las cosas se realiza mediante el apoderamiento de una cosa mueble ajena concurriendo alguna de las circunstancias del art. 238. El art. 240 del Código penal recoge la pena del tipo básico del robo con fuerza en las cosas. Dicha pena es la de prisión de uno a tres años.

3. Tipos agravados

El robo con fuerza en las cosas, tal y como indica el apartado 1 del art. 241, resultará agravado cuando concurra alguna de las circunstancias ya estudiadas en el art. 235 (relativas al delito de hurto), o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias. Se prevé entonces la imposición de la pena de prisión de dos a cinco años. Para imponer esta pena bastará con la concurrencia de cualquiera de esas calificaciones.

Recoge el apartado 1 del art. 241 dos grupos de causas de agravación del delito de robo con fuerza en las cosas. El primero de ellos se refiere a las circunstancias previstas en el art. 235, esto es, a las causas que agravan el delito de hurto. Para su estudio nos remitimos a lo ya dicho al tratar este delito. El segundo grupo hace referencia a los casos en que el robo se comete “en casa habitada, edificio o local

abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias”. Vamos a estudiar este segundo grupo de supuestos:

a. Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias

El fundamento de la agravación radica, según la doctrina dominante y jurisprudencia, en el riesgo de que pueda producirse la lesión de bienes personales de los moradores al llevarse a cabo el robo en un lugar que sirve habitualmente de residencia, y, también, en la lesión de la intimidad personal o familiar que se produce con la entrada en la morada ajena (Álvarez García y, entre otras, STS n.º 693, de 17 de junio de 2009).

De acuerdo con el apartado 2 del art. 241 CP, “se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar”. La ausencia accidental de los moradores en el momento del robo no excluye, por específica disposición de la Ley, esta causa de agravación. Con esta base, el Tribunal Supremo ha extendido esta circunstancia a los robos cometidos fuera de temporada en residencias veraniegas (SsTS de 6 de febrero de 1985 y de 28 de abril de 1987), aunque la doctrina crítica esta tesis y entiende que solo debe aplicarse la agravación si el robo se realiza en el periodo en que el apartamento esté habitado. Un sector de la doctrina considera que en estos casos la ausencia no es accidental, sino habitual, por lo que no sería de aplicación este tipo agravado. Sin embargo, la razón de la agravación subsiste si se da la posibilidad real de que el morador se presente en cualquier momento (así lo ha señalado el auto del TS de 11 de febrero de 2000); además, el atentado a la intimidad se produce igualmente aunque la casa solo se utilice para temporadas o fines de semana.

Dependencias de casa habitada, según el apartado 3 del art. 241, se consideran “sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física”. La circunstancia se ha aplicado a robos perpetrados en garajes cuyo acceso estaba limitado a personas autorizadas (STS de 28 de abril de 1998), en cambio, se ha negado en casos de robos de trasteros de garaje que no forman una unidad con la vivienda (STS de 12 de febrero de 1999).

Se plantea un concurso de leyes, a resolver por el principio de alternatividad, entre el concurso medial entre el delito de allanamiento de morada y el robo con fuerza en las cosas (art. 240) y, por otra, el delito complejo del robo en casa habitada (art. 241). Dado que ambas calificaciones abarcan la totalidad del contenido de injusto del hecho, la relación lógica que subyace es la de identidad. En estos casos el legislador, a través de la regla de la alternatividad, otorga preferencia al precepto que castiga el hecho con una pena mayor, en este caso, el tipo agravado de robo con fuerza en las cosas.

b. Cuando el robo se cometa en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias

A diferencia de lo que sucede con el concepto de “casa habitada”, el art. 241 no recoge un concepto de “edificio o local abiertos al público”. Este concepto debe entenderse como cualquier establecimiento cuya función implique el acceso del público al mismo, con lo que puede tratarse de restaurantes, bares, iglesias, cines, bancos, tiendas, etc. (Robles Planas).

Se plantea la duda de si la agravación operará cuando el robo se cometa durante las horas de apertura o también se apreciará si se comete fuera de ellas. Ciertamente la Ley no distingue, con lo que parece equipararse al n.º 2 del art. 203 y no al n.º 1 del mismo precepto (interpretación sistemática). Sin embargo, la jurisprudencia no lo interpreta así, desestimando su aplicación en hipótesis de robo realizado fuera de las horas de apertura (véanse, por ejemplo, SsTS de 25 de mayo de 1998, 13 de junio de 1998, 10 de noviembre de 1998, 30 de noviembre de 1998 y 20 de julio de 2001). Ello tiene que ver con las tesis que se mantienen sobre el fundamento de la agravación. Este se encontraría, por un lado, en el peligro para las personas que pudiera haber en el interior del local en el momento de cometer el robo. Por otro lado, también se alude como fundamento de la agravación a la vulneración de la confianza de los titulares del local.

Esta interpretación repercute en las relaciones concursales entre el robo y el delito de allanamiento de establecimientos abiertos al público del art. 203.1. Este allanamiento solo es típico cuando se realiza fuera de las horas de apertura. Por tanto, si se entra en un establecimiento abierto al público en las horas de apertura y se comete un robo, no se cometería el delito del art. 203.1 y cabría aplicar el tipo agravado de robo del art. 241.1. En cambio, si se entra en esos establecimientos fuera del horario de apertura, y se comete un robo, entonces lo correcto es aplicar un concurso ideal o medial de delitos entre el delito del art. 203.1 y el tipo básico de robo con fuerza en las cosas.

III. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

Como hemos visto al principio de esta lección, de acuerdo con el art. 237 CP, *“son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando (...) violencia o intimidación en las personas”*.

1. Concepto de violencia y de intimidación

a. Por violencia ha de entenderse todo acometimiento físico de carácter agresivo que constituya ejercicio de fuerza física sobre las personas (“violencia propia”). Se incluyen aquí, por tanto, actos como golpear a la víctima, lesionarla, empujarla, inmovilizarla, sujetarla, etc. En cambio, se plantea la duda de si en el concepto de violencia del robo deben incluirse también los casos de violencia denominada “impropia”, en los que se constriñe la voluntad de la víctima mediante hipnosis o uso de narcóticos. La jurisprudencia suele admitir estos supuestos en el concepto de violencia (STS n.º 577, de 4 de mayo de 2005). En cambio, la doctrina los excluye en general y entiende que en estos casos cabe aplicar un concurso de delitos entre el hurto y el correspondiente delito contra la libertad (Pérez Manzano). Ahora bien, si para anular la voluntad de la víctima se ha empleado violencia, habrá robo. Es decir, si, por ejemplo, se inmoviliza a la víctima para que inhale cloroformo, estaremos ante un robo, pero no habrá robo si se suministra un narcótico al vigilante mediante engaño.

No es necesario que la violencia recaiga sobre el sujeto pasivo, titular del derecho de propiedad, sino que puede recaer sobre terceras personas, como los guardadores o vigilantes de la cosa, o personas que acudan en auxilio de la víctima.

Se ha discutido mucho sobre los denominados “casos del tirón”, esto es, si arrebatar con fuerza un bolso u otro objeto que porte la víctima desprevenida es o no

violencia a los efectos que nos ocupan. A nuestro entender, es preciso diferenciar algunos supuestos. Si con el llamado “tirón” se obtiene la cosa al estilo del carterista, sin violencia física y sin que el sujeto pasivo tome conciencia de la sustracción, no puede hablarse de un delito de robo. Pero si el autor del hecho necesita utilizar la fuerza física para vencer la oposición de la víctima a la sustracción del objeto que lleva agarrado, aunque sea una oposición involuntaria, debemos de calificar el hecho de delito de robo (así, entre otras, STS n.º 1543, de 18 de septiembre de 2002).

Otra cuestión problemática es determinar la cantidad máxima de violencia que puede absorber el delito de robo con violencia sin dar lugar a la aplicación de un concurso de delitos. De acuerdo con el art. 242.1, la pena del delito de robo con violencia o intimidación debe imponerse “sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”. Esto implica que hay cierta cantidad de violencia que no queda absorbida por el robo, sino que debe aplicarse un concurso de delitos, pero no cualquier violencia puede dar lugar al concurso, pues ello implicaría una vulneración del principio *ne bis in idem*, al ser la violencia consustancial al robo. Pues bien, al respecto hay que tener en cuenta, en primer lugar, que cuando los actos de violencia producen el resultado propio de un delito de lesiones (arts. 147 y siguientes CP) no hay duda de que corresponde aplicar un concurso de delitos entre el robo y el delito de lesiones. En segundo lugar, si la violencia ejercida es constitutiva de una falta de malos tratos (art. 617.2), queda absorbida indiscutiblemente por el robo. Por tanto, lo que se discute es si el robo con violencia consume también las violencias constitutivas de falta de lesiones (art. 617.1). Suele considerarse que tanto la falta de lesiones como la falta de malos tratos quedan absorbidas por el robo, es decir, la relación entre ambos será de concurso de leyes. El argumento que se utiliza es que si el robo absorbiese solo la falta de malos tratos quedaría sin campo de aplicación el tipo privilegiado del art. 242.4, (que atiende a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas), pues es difícil encontrar casos en que la violencia ejercida sea de menor entidad a la que daría lugar a la calificación de falta de malos tratos (Pérez Manzano). Es decir: si la violencia ejercida es constitutiva de falta de malos tratos, corresponde aplicar el tipo atenuado de robo con violencia, si es constitutiva de falta de lesiones, se deberá acudir al tipo básico sin aplicar concurso de delitos.

b. En cuanto a la intimidación, viene considerada en el robo como el anuncio de un mal con el fin de conseguir el efecto psicológico de constreñir la libre formación de la voluntad del sujeto pasivo. La acción intimidatoria puede adoptar cualquier forma (palabras, gestos, hechos concluyentes) que sea idónea *ex ante* para producir el pretendido efecto psicológico. Para realizar esa valoración es preciso atender a las circunstancias de la víctima y al contexto en que se formula la amenaza, siendo al respecto indiferente que los medios intimidantes sean o no idóneos para causar el mal que se anuncia. En efecto, tiene que tratarse de acciones que supongan un ataque a la libertad, pero no tienen que implicar necesariamente un peligro para la vida o la integridad física. Por ello, hay intimidación cuando se exhibe un arma, pero también cuando esta es simulada (pistola de juguete que es posible confundir con una pistola real) o cuando no exista tal arma, pero el autor hace creer a la víctima que la lleva.

Lo determinante es, por tanto, el impacto psicológico en el sujeto pasivo. Este ha de haber resultado efectivamente afectado por el anuncio del mal, determinando una presión psicológica que restringe su libertad, neutralizando la eventual oposición.

Los posibles delitos y faltas de amenazas quedan absorbidos por el robo.

Si en un mismo supuesto concurrieren la violencia y la intimidación, esta quedará absorbida por la primera, debiendo calificarse como robo con violencia.

2. La relación de la violencia o la intimidación con el apoderamiento

La violencia o la intimidación deben estar presentes en algún momento de la fase ejecutiva del apoderamiento (véase el Acuerdo de la Sala 2.^a del TS de 21 de enero de 2000). De esta forma, la violencia o la intimidación utilizadas como medios para obtener la cosa, determinarán que la sustracción se convierta en robo en la medida en que, en primer lugar, aquellos medios de comisión se realicen antes de la consumación del hecho (posibilidad de disposición de la cosa a título de dueño) y, en segundo lugar, hagan posible, faciliten o aseguren el apoderamiento. Ello implica, por un lado, que habrá robo con violencia o intimidación cuando estas hayan sido empleadas no solo para apoderarse de la cosa, sino también para asegurar el apoderamiento —violencia o intimidación sobrevenidas—. Sería el caso de quienes se apoderan sin violencia ni intimidación de dos botellas de coñac en un bar, y al salir del establecimiento e intentar huir, los empleados salen tras los delincuentes, momento en el que estos sacan de sus bolsos sendas navajas con las que amenazan a los perseguidores provocando en ellos el efecto intimidatorio deseado, asegurándose así el apoderamiento y disfrute de la bebida (así STS de 21 de febrero de 1990. Véanse también SsTS n.º 1667, de 24 de septiembre de 2001 y n.º 1162, de 17 de junio de 2002). Por otro lado, el hecho de que la violencia o intimidación hayan de ser utilizadas como medios para obtener la cosa determina que el ejercicio de violencia no preordenado a la sustracción no pueda dar lugar a la calificación de robo, aunque el ánimo de lucro surja con posterioridad y se lleve a cabo un acto de apoderamiento (por ejemplo, si alguien propina un puñetazo a otro sin guiarle ningún ánimo de lucro y, una vez en el suelo la víctima, ya ultimada y agotada la acción primaria, al darse cuenta de que el agredido llevaba en sus bolsillos una cantidad de dinero le surge la idea y decide sustraerlos, habrá un concurso entre lesiones y hurto).

3. Tipo básico

El tipo básico del robo con violencia o intimidación en las personas se encuentra recogido en el apartado 1 del art. 242 CP. La pena prevista es la de prisión de dos a cinco años.

4. Tipos agravados

Se prevén dos tipos agravados:

a. El primer tipo agravado se encuentra en el art. 242.2 y consiste en cometer el robo en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias. Corresponde entonces imponer la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años. Este tipo agravado lo ha introducido la LO 5/2010. Hasta la entrada en vigor de la reforma, en estos casos correspondía aplicar un concurso de delitos entre el allanamiento de morada y el robo. Se trataba de un concurso medial, que da lugar generalmente a la aplicación de la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior (art. 77 CP). Dado que la infracción más grave es el robo (prisión de dos a cinco años), la pena resultante del concurso es una pena de prisión de tres años seis meses y un día a cinco años, de manera que la introducción de este tipo agravado no modifica la situación anterior a la reforma.

No se incluye como tipo agravado la comisión del robo en edificio o local abierto al público, a diferencia de lo que sucede en el robo con fuerza en las cosas.

b. El segundo tipo agravado se encuentra recogido en el art. 242.3 CP. Se establece allí que las penas se impondrán en su mitad superior “cuando el delincuente hiciese uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguiesen”. Por tanto, se recogen aquí, en realidad, dos agravaciones: el uso de armas o medios igualmente peligrosos y el ataque a los auxiliares o perseguidores.

Por lo que respecta a la primera, la opinión doctrinal dominante considera que el sentido o fundamento de la agravación reside en el peligro que para la vida o la integridad física significa la utilización de armas u otros medios igualmente peligrosos.

La jurisprudencia ha definido en términos amplísimos lo que ha de entenderse por armas u otros medios peligrosos. Dentro de las armas ha incluido tanto las de fuego (pistolas, escopetas, rifles) como las denominadas armas blancas (cuchillos, navajas, cortaplumas). Asimismo se consideran medios peligrosos, entre otros, las barras metálicas (STS n.º 308, de 8 de marzo de 2005), un martillo (STS n.º 1321, de 12 de julio de 2002), botellas de cristal (STS n.º 1739, de 23 de octubre de 2002), los automóviles, motocicletas y ciclomotores (STS n.º 1595, de 25 de octubre de 2002), una jeringuilla (STS n.º 24, de 20 de enero de 2004), un sacacorchos y un bastón (STS n.º 753, de 11 de junio de 2004) o un destornillador metálico (STS n.º 32, de 24 de enero de 2008).

Ya hemos visto que las armas simuladas como, por ejemplo, una pistola de juguete, son suficientes para calificar una sustracción de robo con intimidación, ya que basta con el efecto intimidante que se produce en el sujeto pasivo. Sin embargo el arma simulada no es suficiente para la agravación del apartado 3 del art. 242, ya que esta agravación tiene como fundamento el peligro objetivo que se produce para la vida o la integridad física de las personas mediante el uso de armas que, por lo tanto, tienen que ser reales y no fingidas. Por otra parte, con frecuencia, el Tribunal Supremo califica de medios peligrosos —y, por tanto, aplica la agravación— las armas inutilizadas o descargadas, con el argumento de que son objetos peligrosos al tener potencia contundente (STS n.º 1455, de 13 de septiembre de 2002).

En cuanto a lo que deba entenderse por “uso de armas”, para la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina no se entiende por tal únicamente el disparar en caso de armas de fuego o pinchar o cortar en caso de armas blancas, sino también su exhibición o utilización intimidante o conminatoria (STS n.º 670, de 16 de junio de 2009), sin que sea suficiente el mero porte del arma.

Por otra parte, hemos visto que la pena del robo se agrava también si el sujeto activo ataca a los auxiliares de la víctima o a los perseguidores. Se trata de un tipo agravado que puede concurrir con independencia del uso de armas u otros medios peligrosos (Álvarez García).

5. Tipo privilegiado

Recoge el apartado 4 del art. 242 del Código penal un tipo privilegiado de robo con violencia o intimidación de carácter facultativo. El Juez podrá imponer la pena inferior en grado, “en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho”.

ROBO

Para aplicar este tipo privilegiado se requiere, por un lado, que la violencia e intimidación sean de menor entidad (violencia que constituya solo una falta de malos tratos, intimidación verbal...) y, por otro lado, es necesario que las restantes circunstancias del hecho hagan posible, a juicio del intérprete, la aplicación de este tipo. Dichas circunstancias no quedan concretadas en la descripción típica, por lo que este supuesto goza de una gran imprecisión. La jurisprudencia viene entendiendo que hay que atender al valor de lo sustraído, al lugar donde se roba, y al número de sujetos pasivos y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse (al respecto, Álvarez García).

Sobre la aplicación de este subtipo atenuado por parte del Tribunal Supremo, pueden verse las sentencias n.º 1602, de 31 de diciembre de 1997 (agarrar a un menor de edad de un brazo y decirle que si no le daba 200 pesetas le pegaría o le sacaría una navaja, entregando el menor la cantidad exigida), n.º 416, de 11 de marzo de 2002 (sustraer un bolso mediante tirón desde un vehículo sin causar lesión ni arrastrar a la víctima), y n.º 1956, de 29 de octubre de 2001 (amenazar con pinchar sin exhibir objeto alguno).

LECCIÓN 20*

EXTORSIÓN. ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS

I. LA EXTORSIÓN

El delito de extorsión aparece recogido en el Capítulo III, del Título XIII, Libro II del Código penal. Este Capítulo consta de un único artículo, el 243, en cuya virtud, “*el que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados*”.

La conducta se asemeja a la descrita en el delito de coacciones o en el de amenazas condicionales, porque el objetivo económico se intenta conseguir doblegando la voluntad del sujeto pasivo mediante violencia o intimidación. También presenta elementos del robo con violencia o intimidación (al ser estos precisamente los medios comisivos) y de la estafa (porque es el sujeto pasivo quien debe realizar u omitir el acto o negocio jurídico con efectos patrimoniales). Veamos cuáles son las diferencias esenciales entre la extorsión y estos otros delitos.

La extorsión se distingue del *robo con violencia o intimidación* en las siguientes notas: 1. En la extorsión la acción no se proyecta directamente sobre el objeto material del delito pidiendo su entrega o tomándolo, sino sobre la realización de actos o negocios jurídicos complejos que posibiliten la afectación patrimonial; en cambio, en el robo el sujeto activo se apodera directamente de la cosa. 2. En el robo la afectación patrimonial tiene que provenir del apoderamiento de una cosa mueble, mientras que en la extorsión puede dirigirse tanto a bienes muebles como inmuebles. 3. En el robo se exige que la cosa mueble se traslade al ámbito patrimonial del sujeto activo, mientras que en la extorsión no se requiere el acto de disposición de la cosa por parte del autor.

La extorsión se distingue de las *coacciones*: 1. En que en estas el medio típico es la violencia, mientras que en la extorsión cabe tanto la violencia como la intimidación. 2. En que en la extorsión se especifica el comportamiento que se impone a la víctima, a saber, la realización u omisión de un acto o negocio jurídico.

Por lo que se refiere a las *amenazas*, las diferencias estriban fundamentalmente en: 1. En estas, los medios típicos se constriñen a la intimidación, mientras que la extorsión abarca también la violencia. 2. En las amenazas condicionales la realización de la condición no exige una modalidad determinada, lo que sí ocurre con la extorsión (realizar u omitir un acto o negocio jurídico). 3. Las amenazas condicionales son punibles aunque el sujeto activo no consiga su propósito (la realización de la condición), mientras que la extorsión requiere para la consumación la realización u omisión del acto o negocio jurídico por parte de la víctima.

Finalmente, la extorsión se distingue de la *estafa* en los medios típicos: engaño en la estafa y violencia o intimidación en la extorsión.

* Carmen Alastuey Dobón

Por lo que respecta a los elementos típicos, ya hemos visto que el comportamiento consiste en obligar a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico. En consecuencia, se obliga a alguien a realizar una determinada conducta, que puede consistir en una acción o en una omisión, ambas referidas a un acto o negocio jurídico.

Los elementos objetivos de la conducta típica son tres: el uso de violencia o intimidación, la coacción al sujeto pasivo a realizar un acto no querido, y la realización de un acto o negocio jurídico con efectos patrimoniales.

Los conceptos de violencia o intimidación ya han sido estudiados al tratar el robo con violencia o intimidación.

Acto o negocio jurídico será cualquier contrato (por ejemplo, una compraventa) o conductas como otorgar un testamento, realizar una transferencia bancaria, etc. En consecuencia, se comprende cualquier comportamiento activo u omisivo con trascendencia en el tráfico jurídico-económico.

En el plano subjetivo, se requiere la concurrencia de dos elementos: el ánimo de lucro y la intención de producir un perjuicio de carácter patrimonial. El ánimo de lucro no puede ser entendido aquí en sentido propio (como en el hurto y en el robo) dado que no se trata de obtener una ventaja económica derivada de la incorporación de una cosa al propio patrimonio. El art. 243 exige, además, que se obligue a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico “en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero”. Por tanto, no basta con el ánimo de lucro, esto es, con pretender obtener una ventaja patrimonial, sino que ha de quererse tal aprovechamiento a costa del correlativo perjuicio patrimonial del sujeto pasivo.

La consumación se produce cuando el sujeto realiza u omite un acto o negocio jurídico, aunque no se consiga entonces la ventaja patrimonial y el correspondiente perjuicio del sujeto pasivo. No es necesario para que se dé la consumación la producción de un perjuicio en el sujeto pasivo, bastando con que tal producción sea la intención del sujeto activo (al respecto, véase la STS n.º 112, de 15 de enero de 2010).

La pena recogida en el art. 243 para el delito de extorsión es la de prisión de uno a cinco años. Al igual que sucede en el robo con violencia o intimidación también aquí deben castigarse por separado los actos de violencia física realizados que no queden absorbidos al constituirse lo injusto del delito de extorsión.

En el delito de extorsión son punibles los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para delinquir (art. 269).

Como ejemplos de extorsión extraídos de la jurisprudencia cabe mencionar los siguientes: amenazar a la esposa en trámites de separación con un arma para que firme documentos de renuncia y transferencia de bienes (STS n.º 1024, de 8 de julio de 2003); mediante amenazas de hacer daño a la madre e hijo de la víctima obligar al sujeto pasivo a firmar un contrato en blanco para entrega de vivienda y documentación de traspaso de vehículo, sin que sea necesario, dice el Tribunal Supremo, que hicieran suyos ambos bienes, siendo suficiente el ánimo de lucro (STS n.º 1174, de 21 de octubre de 2004).

II. EL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS

1. Bien jurídico protegido y sistematización de las figuras delictivas

El robo y hurto de uso de vehículos aparece regulado en el único artículo contenido en el Capítulo IV, Título XIII, Libro II, del Código penal (art. 244). A diferencia del robo y hurto comunes, se regulan aquí supuestos de apoderamiento temporal.

Según la doctrina dominante y la jurisprudencia el bien jurídico protegido es el derecho al uso o la facultad de uso del vehículo a motor o ciclomotor que tiene el propietario frente a los demás. Un sector doctrinal minoritario entiende, en cambio, que se protege el derecho de uso del vehículo derivado no solo de la propiedad sino de cualquier otro título. Decantarse por una u otra opción tiene repercusiones a la hora de determinar quién sea el sujeto pasivo: si consideramos que se protege la facultad de uso del vehículo que tiene el propietario, será este el sujeto pasivo del delito. Si se entiende que lo que se protege es la facultad de usar el vehículo derivada, no solo de la propiedad, sino también de cualquier otro título, sujeto pasivo será el titular legítimo de la facultad de uso (por ejemplo, el poseedor no propietario).

A nuestro entender, resulta más adecuado entender que el bien jurídico protegido es también aquí, como en el robo y hurto comunes, la propiedad. En este caso se trata de una lesión temporal de la propiedad. Ello se deduce ya de la exigencia de ajenidad del objeto material del delito, que impide que el propietario sea sujeto activo. Por tanto, solo el propietario puede otorgar consentimiento para la sustracción con validez excluyente del tipo (Pérez Manzano).

En el art. 244 del Código penal se pueden distinguir las siguientes figuras:

- Tipo básico (apartado 1 del art. 244, primer párrafo).
- El delito de hurto de uso por acumulación de faltas (párrafo segundo del art. 244.1).
- Tipos agravados (apartados 2, 3 y 4 del art. 244).

Además, en el apartado 3 del art. 623 del Código penal se recogen las faltas correspondientes a esta figura delictiva.

2. Tipo básico

Está comprendido en el apartado 1, del art. 244 CP, párrafo primero. La conducta requiere la presencia de cuatro requisitos: a) La sustracción o utilización sin la debida autorización de un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, b) que no concurra ánimo de apropiación, c) que el vehículo a motor o ciclomotor tenga un valor que exceda de 400 euros, y d) que se restituya, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. Se regula aquí un hurto de uso de vehículos.

Al exigir la Ley que el vehículo a motor o ciclomotor sean ajenos, está excluyendo del ámbito de los sujetos activos al propietario. Ahora bien, si este sustrae el vehículo a motor o ciclomotor a su poseedor legítimo, podría aplicársele el art. 236 del Código penal.

La delimitación del sujeto pasivo, como hemos visto, estará en función del bien jurídico que creamos protegido en el art. 244 CP (a nuestro modo de ver, el sujeto pasivo es el propietario).

Antes de la reforma del Código penal operada por la LO 15/2003, la conducta típica consistía únicamente en sustraer el vehículo, por lo que quedaban fuera del tipo los casos de utilización del vehículo a sabiendas de su procedencia ilícita (véase STS n.º 2090, de 12 de diciembre de 2002). Pero en la citada reforma se añade a la sustracción la utilización sin la debida autorización, de manera que el delito lo comete tanto quien sustrae el vehículo del ámbito de dominio del propietario y luego lo utiliza como quien, no habiéndolo sustraído, lo usa posteriormente sin la autorización del propietario (véase STS n.º 1117, de 7 de diciembre de 2010). En consecuencia, comete el delito tanto quien conduce el vehículo (habiendo sido esa persona quien lo ha sustraído o no) como quien viaja en él, pues este también lo usa. Igualmente podrá ser autor del delito el conductor de un vehículo de empresa que lo utiliza en las horas libres en contra de las prescripciones del dueño, el mecánico del garaje que utiliza el vehículo allí depositado, o el arrendatario que lo usa más tiempo del pactado.

Por otra parte, dado que se exige la utilización del vehículo a motor o ciclomotor, parece que debe entenderse que se ha de dar al vehículo el uso para el que está destinado, o sea, circular movido por la energía del propio motor. No constituirá este delito, por tanto, el sustraer el vehículo para dormir en su interior, o cobijarse de la lluvia.

El valor del vehículo a motor o ciclomotor tiene que ser superior a 400 euros. En caso contrario sería de aplicación la falta del párrafo 1.º, apartado 3 del art. 623 CP (localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses).

En el plano subjetivo, el tipo está integrado por el dolo, esto es, conciencia y voluntad de sustraer o utilizar un vehículo a motor o ciclomotor ajenos. Además existe un elemento subjetivo de lo injusto formado por el ánimo de no apropiarse el vehículo. Aquí radica la diferencia con el hurto común, donde el autor se apodera de la cosa con ánimo de lucro, es decir, con ánimo de obtener una ventaja patrimonial con la apropiación de la cosa. Por tanto, en el robo y hurto de uso de vehículos el *animus utendi* define al dolo, pero además es necesario un elemento subjetivo de lo injusto, que será el ánimo de no apropiarse el vehículo.

La pena recogida en el apartado 1 del art. 244 es la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de 6 a 12 meses si se restituyere el vehículo a motor o ciclomotor, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas.

Por tanto, para la aplicación de la pena del tipo básico es necesario que se restituya, directa o indirectamente, el vehículo a motor o ciclomotor sustraído en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. En caso contrario estaremos ante el tipo agravado del apartado 3 del art. 244. Se habla de restituir directa o indirectamente el vehículo a motor o ciclomotor. Ello implica que lo decisivo no es que el sujeto activo haya cesado en el uso antes o después de las 48 horas, sino que el sujeto pasivo haya podido recuperar real o virtualmente el vehículo antes o después de las 48 horas.

Por restitución directa entiende la doctrina no solo la entrega material del vehículo a su dueño, sino también la información a este del lugar donde se encuentra. La restitución indirecta está integrada por todas aquellas actividades que, revelando claramente la voluntad de devolución del autor, permitan la recuperación del

vehículo: situarlo en el lugar donde estaba antes de la utilización o donde lo pueda encontrar fácilmente el propietario, avisar a la policía, etc. En cambio, el mero abandono del vehículo no puede considerarse incluido dentro de la restitución indirecta (STS n.º 518, de 31 de marzo de 2001).

3. Hurto de uso por acumulación de faltas

También aquí se prevé el delito de hurto (de uso, en este caso), por acumulación de faltas, en el párrafo segundo del art. 244.1. Se castiga con la misma pena a quien en el plazo de un año realice en cuatro ocasiones la conducta de sustraer o la de utilizar indebidamente un vehículo ajeno, siempre y cuando el valor del vehículo o vehículos utilizados, computando las cuatro infracciones, supere los 400 euros.

4. Tipos agravados

Existen tres tipos agravados:

a. Concurrencia de fuerza en las cosas

Se encuentra regulado en el apartado 2 del art. 244 CP. Este apartado 2 dispone que si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior. Estamos ante un robo de uso con fuerza en las cosas. La fuerza en las cosas que determina esta agravación es, según opinión unánime en doctrina y jurisprudencia, la definida en el art. 238 del CP (Álvarez García). Dado que la fuerza en las cosas es aquella que se utiliza para acceder al lugar donde estas se encuentran (art. 237), en rigor no deberían considerarse robo los casos en que la fuerza recaer sobre el propio objeto que se quiere sustraer. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo ha considerado robo de uso con fuerza en las cosas en la modalidad de uso de llave falsa supuestos en los que se utiliza una ganzúa para abrir la puerta o para arrancar el vehículo que se sustrae (SsTS n.º 945, de 29 de mayo de 2000 y n.º 36, de 17 de enero de 2001). Por otra parte, si el propietario se deja las llaves puestas en el vehículo, según el Tribunal Supremo la sustracción debe calificarse de hurto, y no de robo (STS n.º 1589, de 19 de octubre de 2000).

Para aplicar este tipo agravado es necesario que el vehículo de motor o ciclomotor exceda de 400 euros. Si esto no ocurre se aplicará la falta del párrafo 2.º, apartado 3, art. 623 del CP (localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses, en su mitad superior).

b. No restitución del vehículo en el plazo señalado

Aparece recogido en el apartado 3 del art. 244 CP. Si no se efectúa la restitución del vehículo en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo, en sus respectivos casos. Es decir, si se sustrae el vehículo a motor o ciclomotor sin emplear fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas y no se restituye en un plazo de 48 horas, se castiga el hecho como si se tratara de un hurto del art. 234. Si media fuerza en las cosas y el vehículo no se restituye en ese plazo, se impone la pena del robo con fuerza en las cosas.

Lo cierto es que el hecho de que no se restituya el vehículo en ese plazo no supone que exista necesariamente ánimo de apropiación. Pero el legislador, por razones político-criminales y por las dificultades de prueba que plantea el elemento subjetivo del ánimo de apropiación, ha establecido este criterio objetivo: el hurto o

robo de uso se convierte en delito de hurto o robo si transcurre ese plazo, sin necesidad de demostrar el ánimo de apropiación.

c. Concurrencia de violencia o intimidación en las personas

Aparece recogido en el apartado 4 del art. 244 CP: “si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 242”. Violencia e intimidación han de entenderse en los mismos términos que en el citado precepto. Se remite a las penas del art. 242, por lo que serán aplicables cualquiera de sus números (tanto el tipo básico, como los tipos agravados y el atenuado).

Es indiferente que el valor del vehículo a motor o ciclomotor exceda o no de 400 euros. No se prevé una falta para los supuestos en que el valor del vehículo no supere esta cantidad, tal y como queda reflejado en el último inciso, párrafo 2.º, apartado 3 del art. 623 CP: “si se realizare con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el art. 244”.

LECCIÓN 21*

USURPACIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El Capítulo V del Título XIII describe en los artículos 245, 246 y 247 una serie de conductas agrupadas bajo la rúbrica “De la usurpación”. Se trata de cuatro conductas: 1. La ocupación violenta de inmuebles o usurpación de derechos reales inmobiliarios (art. 245.1), 2. La ocupación pacífica de inmuebles no constitutivos de morada (art. 245.2), 3. La alteración de términos o lindes de pueblos o heredades (art. 246) y 4. La distracción del curso de las aguas (art. 247).

Los delitos de usurpación suponen un ataque a la propiedad inmueble por el camino de la desposesión. Sin embargo, el peligro de que el propietario pierda definitivamente la posibilidad de hacer efectivo su derecho es, por la naturaleza del objeto de ataque, mucho más remota que en los delitos de robo o hurto. La benignidad de la pena señalada para estas conductas, castigadas en general con pena de multa —salvo la ocupación violenta, que desde la reforma operada por la LO 5/2010 se castiga con prisión— se explica porque los bienes inmuebles se encuentran mejor protegidos por el derecho civil que los bienes muebles, actuando la protección interdictal y registral como eficaces medios de tutela, que hacen difícil la posibilidad de que el titular pierda definitivamente sus derechos.

II. LOS DISTINTOS TIPOS PENALES

1. Ocupación de inmuebles y usurpación de derechos reales inmobiliarios con violencia o intimidación

Esta figura está recogida en el art. 245, apartado 1 CP. En este precepto, al igual que en las restantes figuras de este capítulo V, el bien jurídico protegido lo constituye el derecho de propiedad o la titularidad de los derechos reales, o, más concretamente, el contenido jurídico y económico de ambos derechos. Se trata de proteger, por tanto, el disfrute pacífico de la propiedad o de cualquier otro derecho real sobre bienes inmuebles (Roca Agapito).

La acción típica consiste en “ocupar un inmueble” o en “usurpar un derecho real inmobiliario”, expresiones estas (ocupar y usurpar) con un mismo significado y que se diferencian exclusivamente por la propia naturaleza del objeto sobre el que inciden. Uno y otro verbo implican la idea de comportarse de un modo permanente como dueño del inmueble o derecho real en cuestión. La “ocupación” descrita en el tipo implica la asunción del papel del propietario, ejercer el dominio sobre el inmueble. En el mismo sentido el verbo “usurpar”, incluso desde el punto de vista semántico, supone quitar a uno lo que es suyo o quedarse con ello y actuar como si fuese su titular. Una ocupación transitoria del inmueble para, por ejemplo, realizar

* Carmen Alastuey Dobón

una operación de tránsito con ganado, o la usurpación momentánea de un derecho real, no constituye el delito que estudiamos.

La ocupación de un inmueble o la usurpación de un derecho real inmobiliario han de tener lugar “con violencia o intimidación en las personas”. El contenido de tales conceptos es el descrito para el robo con violencia o intimidación en las personas. De acuerdo con un sector doctrinal (Pérez Manzano), la violencia o intimidación han de concurrir al realizarse la conducta de ocupación y usurpación, y, por tanto, si se realizan con posterioridad, para mantener la usurpación, no darían lugar a la calificación por esta figura. En contra, otro sector doctrinal (Roca Agapito), quien entiende que también determina la aplicación del precepto la violencia o intimidación realizadas con el fin de permanecer en la situación de dueño o titular, por ejemplo, oponiéndose al desalojo.

La simple concurrencia de fuerza en las cosas excluye la aplicación de esta figura delictiva. La conducta podría ser castigada, sin embargo, acudiendo al art. 245.2, si se dan sus elementos.

En cuanto al objeto material del delito, pueden ser tanto los bienes inmuebles como los derechos reales. La opinión dominante considera “bienes inmuebles” los recogidos en el art. 334 del Código civil, en los números del 1 al 9, ambos incluidos. Desde este punto de vista, el concepto de “bien inmueble” incluye en la usurpación también los elementos que, aun separables y movilizables (estatuas, frutos pendientes, estiércol), son calificados como tales en el Código civil (inmuebles por destino o incorporación), aunque puedan ser objeto de desplazamiento físico (y por tanto de robo o hurto). De esta opinión mayoritaria discrepan Pérez Manzano y Muñoz Conde, para quienes solo puede considerarse objeto de ocupación del art. 245 apartado 1 los inmuebles por naturaleza que recogen los números 1, 8 y 9 del art. 334 del Código civil (tierras, edificios, construcciones, caminos, diques, minas, canteras, etc.).

El concepto de derecho real inmobiliario también debe entenderse en sentido civilista, sin que aquí exista razón alguna para hacer ninguna clase de restricción (art. 334.10: servidumbre, hipoteca, etc.).

Sujeto pasivo es el propietario del inmueble o el titular del derecho real de que se trate. Sujeto activo podrá ser cualquiera excepto el propietario del bien inmueble o el titular del derecho real, ya que el tipo exige la “pertenencia ajena”. Los comportamientos semejantes realizados por el propietario o por el titular del derecho real podrán dar lugar a los delitos de coacciones o amenazas.

Por lo que respecta al tipo subjetivo, es común en la doctrina la opinión de que el art. 245 apartado 1 exige el ánimo de lucro.

La pena señalada en el apartado 1 del art. 245 CP (prisión de uno a dos años) lo es con independencia de las penas que puedan corresponder por las “violencias” que el sujeto ejerciere. De aquí se deduce que la intimidación queda absorbida por el delito de usurpación, no dando lugar al concurso de delitos; en cambio, si la conducta violenta origina resultados lesivos constitutivos de faltas o delitos de lesiones u homicidio será preciso acudir a las reglas del concurso de delitos (Muñoz Conde, Roca Agapito).

La jurisprudencia ha venido considerando que el delito de coacciones ha de aplicarse preferentemente al de usurpación, no solo porque se presenta en la mayor parte de los casos como ley especial frente a este delito, sino también porque en aquellos otros en que sea obligado aplicar el principio de alternatividad, conforme al

art. 8.4, el delito de coacciones debe prevalecer por prever pena mayor (STS de 27 de abril de 1982). Pero el principio de alternatividad obliga, tras la reforma de 2010, a acudir a la usurpación, con independencia de que algún autor (Pérez Manzano), estime que la usurpación es ley especial.

En otro orden de cosas, para que quede consumado el delito no basta con que se haya ocupado el inmueble o usurpado el derecho real de que se trate, sino que es necesario, además, la obtención de una utilidad de carácter económico (sea estimable o no). La utilidad obtenida y el daño causado se tendrán en cuenta para fijar la medida de la pena, que es como hemos visto una de prisión de uno a dos años.

Un ejemplo de la aplicación práctica del precepto lo encontramos en la SAP de Córdoba de 7 de octubre de 2003.

2. Ocupación pacífica de inmuebles

La conducta está recogida en el apartado 2 del art. 245. El precepto, que nace para responder a través del Derecho penal al fenómeno de los “ocupas”, ha sido criticado por considerarse que por la vía de los interdictos civiles y de las leyes de arrendamientos ya se da a los titulares de los inmuebles ocupados suficientes medios para acabar con la ocupación, sin que sea preciso el recurso al Derecho penal (Muñoz Conde).

La conducta típica consiste, bien en “ocupar” un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o bien en “mantenerse” en ellos. La diferencia con el delito analizado anteriormente radica en que en este no se exige violencia o intimidación, aunque puede aplicarse el precepto si se realiza la ocupación de forma pacífica y luego se emplea violencia para mantenerse en ella o evitar el desalojo, según la interpretación de un sector de la doctrina que veíamos *supra*. Asimismo, se aplicaría esta figura en caso de utilización de fuerza en las cosas.

El objeto material del delito puede ser “un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada”. Por tanto, se exige que estos inmuebles no constituyan la morada de una o varias personas. De hacerlo, la conducta podría constituir un delito de allanamiento de morada.

También aquí tanto la doctrina como la jurisprudencia excluyen mayoritariamente las meras ocupaciones temporales, como las entradas para dormir, siendo necesario que concurra la “permanencia en la habitabilidad antijurídica” e incluso un requerimiento formal previo de abandono por parte del titular del bien (SAP de Zaragoza de 16 de junio de 2000 y, en el mismo sentido, SAP de Girona de 27 de julio de 2009). Si el sujeto tiene voluntad de permanecer pero habita la vivienda durante poco tiempo porque se le desaloja antes, se ha castigado en algún caso por tentativa. Así, según la SAP de Madrid de 24 noviembre de 2006: “sólo realiza el delito consumado la conducta que llega a representar un riesgo grave para la posesión. La detentación esporádica de la vivienda ajena no realiza el tipo”. En este caso, el sujeto la habita poco tiempo porque el mismo día que entra es desalojado por la policía. Pero como el sujeto tenía voluntad de permanecer, esto es, dolo de consumir el delito, se le castiga por tentativa.

En general, invocando el principio de intervención mínima, se aprecia una tendencia a interpretar restrictivamente este tipo penal en el sentido de considerar subsumibles en él solo los casos de ocupación o mantenimiento “que signifiquen un riesgo a una posesión que sea clara y socialmente manifiesta”, lo que no sucedería en

caso de fincas abandonadas y en mal estado, según algunos pronunciamientos judiciales (véase SAP de Valencia de 3 de febrero de 2011).

La conducta de ocupación solo es típica si se realiza sin la autorización debida. Se incluye aquí tanto la autorización del propietario como la otorgada en decisión judicial o administrativa. Sin embargo, en la modalidad de permanencia, la autorización únicamente puede otorgarla el propietario dado que el precepto se refiere exclusivamente a mantenerse “contra la voluntad del titular”.

Pese a que en la mayoría de las ocasiones la ocupación tiene lugar por personas con escasos recursos económicos, solo en casos excepcionales se admite la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad (SAP de Cáceres de 22 de abril de 2005). Generalmente, los tribunales entienden que es posible recurrir a los servicios sociales o a la ayuda de familiares y, por ello, solo aplican la eximente incompleta (por ejemplo, SAP de Madrid de 15 de abril de 2002 y SAP de Madrid de 28 de mayo de 2004).

La pena recogida para esta figura delictiva es la de multa de tres a seis meses.

3. Alteración de términos o lindes

La conducta típica consiste en la “alteración de términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado” y está descrita en el art. 246 CP.

La diferencia entre este precepto y la usurpación descrita en el apartado 1 del art. 245 ha de encontrarse en que en el art. 246 no se exige violencia o intimidación en las personas. Si la alteración de términos o lindes va acompañada de violencia o intimidación en las personas estaremos en el supuesto del apartado 1 del art. 245 porque ya habrá una ocupación de bienes inmuebles).

Por “alterar” debemos entender “la modificación o supresión de toda señal destinada a fijar los límites entre propiedades contiguas”. Esta modificación o supresión puede llevarse a cabo mediante destrucción, remoción, arranque, derribo, etc.

Por “término” o “linde” habrá de entenderse todo objeto que sirva a los fines de limitar las fronteras entre las fincas o predios. Pueden ser, según zonas y costumbres, piedras, mojones, árboles, setos, muros, etc. La alteración puede referirse tanto a fincas rústicas como urbanas, pues, si bien el comportamiento es más idóneo para las primeras, un fundo urbano también puede tener anexos, como jardines y patios no murados, y darse la alteración de los linderos que la delimitan de las propiedades contiguas.

Para que esta conducta constituya delito es necesario que la “utilidad reportada o pretendida exceda de 400 euros”. Esta mención a la “utilidad reportada o pretendida”, parece indicar que esta modalidad se consuma con la mera alteración, sin exigirse la obtención de la utilidad prevista.

La pena recogida en el art. 246 es la de multa de tres a dieciocho meses. Si la utilidad no excede de 400 euros o no es estimable, la conducta constituirá una falta castigada en el art. 624.1 con multa de diez a treinta días, siempre que medie denuncia del perjudicado.

Como ejemplo extraído de la jurisprudencia podemos citar el de un cultivador, de común acuerdo con el propietario, que desplaza los mojones de una

finca, ampliándola a costa de la colindante, y posteriormente la adquiere (SAP Barcelona de 20 de mayo de 2004).

4. Distracción del curso de las aguas

El delito está tipificado en el art. 247 CP. La distracción del curso de las aguas supone alterar el recorrido normal de corrientes de agua, ya sea mutando el cauce de la corriente de agua, o embalsándola aprovechándose de la misma. Las aguas pueden ser de uso público o privado.

Entrará en aplicación el artículo 247 si la utilidad reportada excediere de 400 euros. Este artículo habla de “utilidad reportada” por lo que cabe pensar que para que se dé la consumación de esta figura es necesario la producción de una utilidad.

La pena señalada para esta conducta es la de multa de tres a seis meses. Si la utilidad reportada no excede de 400 euros, procede aplicar la falta del art. 624.2, castigada con pena de multa de 10 días a dos meses.

Como ejemplo de aplicación del precepto cabe citar la SAP de Cádiz de 24 de julio de 2007: rotura de candados de compuertas que impedían el riego de las fincas de la demandada en cumplimiento de una prohibición por impago de cuotas.

LECCIÓN 22*

ESTAFA Y APROPIACIÓN INDEBIDA

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo VI del Título XIII se ocupa de “las defraudaciones”, considerando como tales tres grandes modalidades delictivas, que se alojan en secciones propias. La primera se dedica a las estafas (arts. 248 a 251); la segunda a la apropiación indebida (arts. 252 a 254) y la tercera a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (arts. 255 y 256).

La denominación genérica de “defraudaciones” sirve para agrupar una serie de conductas que tienen en común una dinámica comisiva distinta a la de los delitos de apoderamiento. La rúbrica legal pretende servir de contrapunto a las anteriores figuras delictivas, resaltando que frente a la intromisión en el patrimonio ajeno a través de conductas que suponen el apoderamiento de la cosa, se trata ahora de comportamientos apoyados directa o indirectamente en el engaño y otras actuaciones fraudulentas (González Rus). Con la rúbrica se hace referencia, por tanto, a la forma de ataque al bien jurídico protegido (el patrimonio).

II. LA ESTAFA

1. Sistematización de las infracciones

El delito de estafa está regulado en la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII (arts. 248 a 251 CP).

En el ámbito de la estafa existen las siguientes clases de infracciones penales:

a) Delitos:

1. El tipo básico de estafa (arts. 248.1 y 249).

2. Las estafas impropias:

a) La transferencia no consentida de un activo patrimonial mediante manipulación informática o artificio semejante (arts. 248.2 a y 249).

b) La fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo (arts. 248.2 b y 249).

c) La utilización de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje o los datos obrantes en cualquiera de ellos para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero (art. 248.2 c y 249).

3. El tipo agravado de estafa (art. 250).

4. Las modalidades específicas de estafa (art. 251).

b) La falta de estafa (art. 623. 4).

* Belén Mayo Calderón

- c) La previsión especial para los supuestos en los que el sujeto activo es una persona jurídica (art. 251 bis).
- d) Por último, en el art. 269 CP se castigan la provocación, conspiración y proposición para cometer este delito.

2. El bien jurídico

El bien jurídico protegido en el delito de estafa es el patrimonio, que resulta lesionado en este delito mediante el engaño. Como ya hemos señalado, la estafa no es un delito de apoderamiento, como el hurto o el robo, que se caracterizan por una conducta visible en el mundo exterior de injerencia en el patrimonio ajeno (Muñoz Conde). Al igual que la apropiación indebida, la estafa es un delito defraudatorio. En la estafa el sujeto activo no “toma” la cosa, se la da el sujeto pasivo, por estar sumido en un error que es consecuencia del engaño.

3. Elementos integrantes del tipo básico de estafa

El tipo básico del delito de estafa está regulado en el art. 248.1, que señala lo siguiente: *“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”*.

El art. 249 CP recoge la pena de la estafa: *“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”*.

3.1. Tipo objetivo

De la definición legal del delito de estafa del art. 248. 1 se deducen los siguientes *elementos* o requisitos esenciales para la existencia del delito de estafa:

- 1- El comportamiento engañoso (se exige la existencia de un “engaño bastante”).
- 2- Con este comportamiento el sujeto provoca un “error” en otra persona.
- 3- El engañado, en virtud del error que padece, realiza un “acto de disposición patrimonial”.
- 4- A consecuencia del acto de disposición patrimonial, se produce un “perjuicio patrimonial” para el disponente o un tercero.
- 5- Estos elementos se encuentran relacionados entre sí. Para que exista el delito de estafa no basta con que aparezcan todos estos elementos, sino que, además, han de hallarse unidos en la “relación de causalidad” descrita por el art. 248.1: el engaño bastante ha de provocar el error en otro; el engañado, en virtud del error que padece, realiza un acto de disposición patrimonial y, a consecuencia del acto de disposición patrimonial, se produce un perjuicio patrimonial (para el disponente o un tercero).

3.1.1. El engaño bastante

El engaño consiste en simular la realidad, es decir, faltar a la verdad en lo que se dice o lo que se hace con el fin de provocar un error en otra persona.

Sin embargo, no todo engaño puede ser constitutivo del delito de estafa. De acuerdo con el art. 248. 1, el engaño utilizado ha de ser "bastante" para producir error e inducir a realizar un acto de disposición patrimonial, es decir, ha de tener una cierta entidad.

La pregunta que desde hace tiempo se ha hecho la doctrina y la jurisprudencia es si esta valoración debe hacerse en atención a una medida objetiva que tome en cuenta como víctima un hombre medio ideal o, por el contrario, debe hacerse con una medida subjetiva que tome en cuenta las particularidades de la víctima en el caso concreto.

La doctrina dominante (Bustos Ramírez y González Rus) y la jurisprudencia reciente (SsTS de 13 de diciembre de 2005 y 16 de febrero de 2007) no sigue un criterio puramente objetivo o subjetivo, sino mixto, completando un criterio objetivo, referido al hombre medio, con un criterio subjetivo, que tiene en cuenta también las condiciones personales del sujeto pasivo para determinar la idoneidad del engaño.

Así, si se toma como referencia al hombre medio habrá que considerar que no es suficiente el engaño cuando las falsedades sean tan burdas que no podrían hacer caer en error a una persona media normal. Por ejemplo, no se realiza el delito de estafa, por no haber engaño bastante, en el caso de que un cura consiga que una anciana le entregue sus bienes a cambio de obtener un trozo de cielo al morir; o tampoco en el caso de que un sujeto oferte relojes Omega o Rolex a 20 euros. Sin embargo, este criterio objetivo ha de ser rectificado, dando entrada a determinadas circunstancias del sujeto al que se pretende engañar (personalidad, edad, inteligencia, formación...). De esta manera, en segundo lugar debe valorarse si el engaño es idóneo para conducir a error al destinatario concreto, teniendo en cuenta las características particulares del sujeto pasivo. Al respecto, la doctrina señala que el sujeto pasivo debe tener una capacidad jurídica mínima reconocida de disposición de las cosas. Así, por ejemplo, si se trata de un enfermo mental o de un niño estamos ante un hurto.

Por otra parte, para determinar la tipicidad del engaño la jurisprudencia considera aplicables los criterios de imputación objetiva. Es decir, es necesario que la causalidad (establecida conforme al criterio de la equivalencia de condiciones) sea jurídico-penalmente relevante. Según el TS es necesario que el engaño concreto suponga la creación o un aumento de un peligro ilícito para el patrimonio del sujeto, en los términos que reclama la imputación objetiva (SsTS de 16 de julio de 1987, 16 de febrero de 2007, 9 de mayo de 2007). Para esa determinación debe tenerse en cuenta el espacio social en el que se produce la acción engañosa. Cuando la relación entre el sujeto activo y el pasivo se produce en un ámbito en el que el patrimonio está sometido a un cierto peligro (la competencia, el beneficio económico, el riesgo comercial...) engaño bastante será el que aumenta el peligro implícito en la relación y no provenga de procedimientos usuales o tolerados en ese tipo de tráfico. Por el contrario, cuando el hecho se produce en un ámbito en el que el sujeto pasivo no tiene previamente expuesto su patrimonio a riesgos que no sean los propios de las relaciones sociales generales, la simple creación del peligro por la acción engañosa del sujeto activo será, por lo general, suficiente. Se impone así un punto de partida objetivo, de idoneidad general (criterio objetivo) que sirve de base para la posterior toma en consideración de las circunstancias del sujeto pasivo (criterio subjetivo).

En relación al criterio subjetivo, la jurisprudencia considera que el Derecho debe exigir un cierto nivel de diligencia que permita al sujeto descubrir por sí mismo el engaño, por lo que la protección penal no debe producirse cuando la indolencia, la

excesiva credulidad y la omisión de precauciones elementales, dentro de lo que sea usual dentro del ámbito de que se trate, hayan sido las verdaderas causas de la eficacia del engaño. Así pues, para determinar si el engaño es bastante habrá que tener en cuenta los deberes de autoprotección de la víctima que derivan de lo que es usual en las relaciones comerciales. Como señala la STS de 9 de mayo de 2007 “bastante es el engaño que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado”. Por tanto, el engaño bastante solo se dará cuando la víctima no tenga frente a la maniobra del autor mecanismos de autodefensa, de autoprotección. Si el error es evitable con la mínima diligencia no habría engaño bastante, aunque ello dependerá del ámbito del riesgo permitido, es decir, de lo que sea adecuado en el sector en el que se opere (si la conducta pertenece al ámbito del riesgo permitido, es decir, es socialmente adecuada, no será constitutiva de engaño típico). El nivel de diligencia exigible al sujeto depende del ámbito en donde se produzca la conducta engañosa. Esta interpretación dará lugar a que en determinados supuestos no exista engaño “bastante”, de manera que la conducta solo podrá ser constitutiva de un ilícito civil.

Así, en el supuesto de que alguien compre un inmueble y no verifique en el Registro de la propiedad la información sobre sus gravámenes, ha señalado el TS (STS de 19 de febrero de 2008) que, en el caso de que la compraventa se formalice ante Notario, la comprobación realizada por éste y la información proporcionada en ese acto por los vendedores relativa a que la finca está libre de cargas o gravámenes, no requiere una nueva verificación por parte de los compradores, porque opera el principio de confianza. Por lo tanto, en este caso el engaño sería “bastante”. Por el contrario, en relación con los engaños producidos en el ámbito bancario, la jurisprudencia considera que a los operadores financieros les es exigible un nivel de diligencia más alto que a otras personas que no son profesionales. En este sentido, la jurisprudencia (SAP de Álava, de 1 de junio de 2005) ha negado la estafa en un supuesto en el que el acusado borra la firma autorizada de una tarjeta de crédito y logra que el empleado de un banco le dé fondos de la cuenta del verdadero titular de la misma, por negligencia del empleado del banco que no comprobó la titularidad de la tarjeta (podría haber pedido el DNI).

Especialmente discutido es si, en el ámbito bancario pueden considerarse engaño bastante las declaraciones personales de los clientes que no van apoyadas por respaldos objetivos que acrediten su contenido (simple compromiso personal de pago, declaración jurada de bienes, etc.). Al respecto, la jurisprudencia estima que no puede excluirse que en el ámbito bancario puede ser engaño bastante el compromiso personal del deudor o de los accionistas de atender posibles insolvencias, cuando hay anteriores relaciones continuadas de negocio o confianza (STS de 24 de febrero de 2010). Asimismo, ha considerado que hay estafa en supuestos en que el cliente realiza declaraciones de bienes falsas, sin otro respaldo que la manifestación del cliente que la presenta y que el banco da por buena sin ninguna comprobación (STS de 24 de febrero de 2010).

Por otra parte, la opinión doctrinal se encuentra dividida en cuanto a la posibilidad de admitir el engaño por omisión. Un sector doctrinal (Bajo/Pérez Manzano) no admite la estafa por omisión por considerar que el engaño solo admite formas comisivas y por impedirlo la exigencia de que el engaño sea causa del error. Sin embargo, otros autores (Pérez del Valle, Rodríguez Devesa, Muñoz Conde, González Rus) admiten el engaño por omisión, considerando que la descripción típica (“utilizar engaño bastante”) es lo suficientemente amplia como para admitir los

comportamientos omisivos y teniendo en cuenta, además, que la posibilidad la acepta el propio legislador al prever, en el art. 251.2.º que el ocultar la existencia de cualquier carga sobre la cosa (omitir) es constitutivo de estafa. Por su parte, la jurisprudencia no ha encontrado ningún inconveniente en castigar este tipo de engaño. Así, por ejemplo, se considera que hay estafa en el caso de que alguien venda un piso que tiene aluminosis (Auto de la AP de Barcelona, de 26 de noviembre de 2002), pesa sobre la vivienda una orden de demolición (STS de 31 de marzo de 2010) o se ocultan los kilómetros reales del coche en el momento de su venta (SAP de Valencia de 2 de diciembre de 2010). Sin embargo, como señala González Rus, en estos casos no siempre queda claro el límite de la diligencia exigible al sujeto pasivo.

3.1.2. El error

El error es el conocimiento viciado de la realidad, producto del engaño.

Para que haya estafa la acción engañosa debe ser la causa del error (el error de la víctima se debe al engaño). Así, para que exista el delito de estafa no es suficiente que el sujeto se aproveche de la situación de error en la que se encuentra otra persona, porque entonces el error no es causado por el propio autor (STS de 20 de marzo de 1985). Por ejemplo: alguien se desprende de una piedra preciosa creyendo que es bisutería.

Por otro lado, el error ha de ser el motivo por el cual el engañado realiza el acto de disposición patrimonial. Así, cuando el sujeto pasivo lleva a cabo la disposición patrimonial sin error de ningún tipo, a sabiendas del engaño de que es objeto y por puro pasatiempo o liberalidad no existe estafa: es el caso de las echadoras de cartas o de buenaventura, falsos adivinos, etc. Otro ejemplo: A vende a su amigo B su coche por un precio superior al de mercado teniendo en cuenta los kilómetros realizados, habiendo trucado previamente el contador de Km. B descubre el engaño, pero decide comprar el coche consciente de la mala situación económica por la que atraviesa A.

3.1.3. El acto de disposición patrimonial

El engañado, a consecuencia del error sufrido, debe realizar un acto de disposición patrimonial.

El acto de disposición patrimonial es un acto de entrega llevado a cabo por la víctima que actúa en estado de error. Se entiende por “acto de disposición” todo acto mediante el cual el engañado realiza una transferencia, una enajenación fáctica de alguna cosa o la prestación de un servicio. Por ejemplo, comete estafa quien logra, mediante engaño bastante e idóneo, obtener el servicio de un médico con el ánimo de no pagar (el servicio del médico es un acto de disposición patrimonial porque implica la realización de un comportamiento con valor económico).

Según un sector doctrinal (González Rus) la exigencia de que se “realice” un acto de disposición patrimonial impide la posibilidad de admitir a la omisión como forma de disposición patrimonial. Sin embargo, otro sector doctrinal (Bajo, Pérez Manzano) considera que es posible que el acto de disposición consista en un hacer (realizar un pago) o en un omitir (renunciar a un crédito).

Por otra parte, el disponente tiene que ser la misma persona engañada. Es decir, el acto de disposición patrimonial debe realizarse por el engañado.

Como vamos a señalar a continuación, el acto de disposición no es preciso que consista en un negocio jurídico, por lo que no es necesario que la disposición se

efectúe por quien tiene la facultad jurídica de llevarla a cabo. Por ello, el engañado y disponente no tiene por qué ser el perjudicado.

3.1.4. El perjuicio propio o ajeno

El acto de disposición patrimonial debe producir un perjuicio propio o ajeno.

Como ya hemos señalado el engañado y el disponente debe ser la misma persona, pero el disponente no tiene por qué ser el perjudicado (el art. 248.1 dice “en perjuicio propio o ajeno”). Es decir, la persona que dispone (y es engañado) no tiene por qué ser el propietario, puede ser un tercero (es la llamada estafa en triángulo). Para ello debe existir una relación entre el engañado y el perjudicado. Ejemplo: A se presenta en el domicilio de B y engaña a C que trabaja en el servicio doméstico (se hace pasar por enviado del propietario), consiguiendo que le entregue un cofre lleno de joyas que le es pedido en nombre del propietario y éste se lo da.

La concreción del perjuicio es precisa para la calificación del hecho como delito o falta de estafa. Si el perjuicio patrimonial excede de 400 euros estamos ante un delito de estafa (art. 249) y si es igual o inferior a 400 euros estamos ante una falta de estafa (art. 623.4). Por otra parte, el perjuicio se debe tener en consideración para la posible apreciación del tipo agravado de estafa que atiende a la entidad del perjuicio (art. 250.1. 5º).

La constatación del perjuicio patrimonial (resultado del delito) dependerá del concepto de patrimonio que se mantenga (remisión a la lección 17). Todas estas teorías, eso sí, están de acuerdo en que se produce un perjuicio patrimonial en los supuestos de disminución del saldo contable, es decir, cuando, después de la conducta engañosa que lleva al sujeto a realizar la disposición patrimonial, el patrimonio del sujeto pasivo es menor. Sin embargo, existen distintas opiniones acerca de si existe un perjuicio patrimonial en relación con los supuestos en que el perjuicio consiste en un lucro cesante.

Así, un sector doctrinal considera que es discutible que deba apreciarse estafa en los casos de polizonaje y supuestos semejantes (viaje sin billete, asistencia a espectáculos sin entrada, etc.) porque el perjuicio consiste, en realidad, en un lucro cesante. En mi opinión, también las expectativas de ganancia forman parte del concepto de patrimonio, pero en estos supuestos podrá quedar excluida la estafa por no ser el engaño bastante, si, aplicando el criterio relativo a la diligencia exigible al sujeto pasivo, no puede considerarse que el error es suficiente, pero sí si se llega a la conclusión contraria. Así, la jurisprudencia (SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2003) ha aplicado el delito de estafa, por ejemplo, en un caso en el que sujeto accede al estadio del F.C. Barcelona con un carnet falso (se aplicó el delito de estafa en concurso con un delito de falsedad en documento mercantil). Por otra parte, sí habrá estafa cuando la utilización del servicio o la obtención de la prestación se hizo en condiciones tales que hacían suponer el derecho al viaje o a la prestación (aparición de crédito, con puesta en escena). Por ejemplo, en la estafa de hospedaje, aparentar solvencia de que se carece, abonando la primera noche y permaneciendo siete noches más sin pagar su importe (SAP de Murcia de 17 de septiembre de 2010).

Una parte de la doctrina señala que hay estafa cuando el objeto del delito es ilícito o resulta destinado por el engañado a un posterior comportamiento antijurídico (se le entrega droga de menor cantidad de la pagada, no se da la prometida recompensa por el asesinato, etc.), pues lo determinante es que con el engaño se produzca un perjuicio patrimonial y no la moralidad o inmoralidad del negocio jurídico o del ulterior destino de la cosa. Según esta opinión, la cosa robada por el

sujeto pertenece a su patrimonio (en el sentido jurídico penal) porque, aparte de tener un valor económico, su tenencia está jurídicamente protegida (esta protección se dará, eso sí, frente a terceros, no frente al dueño de la cosa, es decir, si el dueño engaña al ladrón para que le entregue el bien que le pertenece no podrá ser sujeto activo del delito de estafa). Eso sí, la persona estafada carece de acción civil de reparación a tenor de lo dispuesto en los artículos 1275 y 1302 del Código Civil (el art. 1275 indica que "*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*"). El estafado no puede exigir que se realice el negocio ilícito (por ejemplo que el traficante le entregue la droga, que la prostituta haga su servicio, etc.). Por el contrario, Bustos Ramírez considera que el patrimonio no es puramente una relación económica, sino una relación económica jurídicamente reconocida, que no es el caso de un ladrón estafado. Por su parte, la jurisprudencia considera que es indiferente que el engañado se propusiera obtener una ventaja ilícita o inmoral, como, por ejemplo, aprobar una oposición por enchufe (STS de 16 de febrero de 2007).

3.2. Tipo subjetivo

Para que se dé el tipo de estafa es necesario el dolo, que debe abarcar todos los elementos objetivos analizados. El dolo consiste, por tanto, en la conciencia y voluntad de engañar a otro para inducirle a un error que le lleve a realizar un acto de disposición patrimonial que le cause un perjuicio a él o a un tercero. Así, por ejemplo, no hay dolo en el caso de quien vende una finca creyéndose, erróneamente, propietario de la misma.

La naturaleza eminentemente intencional del delito hace admisible solo el dolo directo. No es posible el dolo eventual.

Además, para que haya estafa deber existir el elemento subjetivo de lo injusto del ánimo de lucro, entendido como la finalidad de obtener una ventaja patrimonial (que puede no tener un contenido económico, si se defiende el concepto personal de patrimonio) a costa del correlativo perjuicio del sujeto pasivo. En mi opinión, el "ánimo de lucro" implica un ánimo de apropiación, entendido como voluntad de integrar definitivamente la cosa o el valor patrimonial conseguido ilícitamente en el propio patrimonio (algunos autores –González Rus– consideran que junto al ánimo de lucro ha de concurrir el ánimo de apropiación, como si se tratase de dos elementos subjetivos distintos). Así, si hay "ánimo de uso" la conducta no es típica. El legislador no castiga "la estafa de uso".

4. La distinción entre la estafa y otros delitos patrimoniales

La estafa se diferencia del hurto en que en este último el sujeto activo se apropia de la cosa sin la voluntad de su dueño, mientras que en la estafa es la propia víctima, con la voluntad viciada, quien entrega la cosa. Sin embargo, el apoderamiento propio del hurto puede ir acompañado de determinadas astucias o ardides. En estos casos habrá hurto cuando los ardides utilizados facilitan el apoderamiento sin que sea el sujeto pasivo el que le entrega el bien al sujeto activo y habrá estafa cuando tales ardides lo que hacen es lograr la entrega de la cosa por la propia víctima. Así, por ejemplo, cometerá hurto el sujeto que para entrar en la casa se hace pasar por fontanero apoderándose de lo que encuentra.

La estafa se diferencia del robo en que en este los medios utilizados para lesionar el patrimonio son la fuerza en las cosas o la violencia o intimidación en las personas, mientras que en la estafa el medio de ataque al patrimonio es el engaño.

En la apropiación indebida no existe el engaño previo que en la estafa es esencial. En la estafa el engaño es el motivo determinante de la entrega de la cosa, mientras que en la apropiación indebida la cosa la ha recibido el sujeto activo de manera lícita (en virtud de alguno de los títulos traslativos de la posesión previstos en el art. 252) lo que implica que tenga la posesión lícita. Lo injusto específico del delito de apropiación indebida consiste en convertir esa posesión lícita en una propiedad ilícita, mediante el ejercicio de las facultades que corresponden al propietario y no al poseedor. Habiéndose recibido el objeto material lícitamente, el engaño que puede eventualmente utilizarse después para facilitar o encubrir la apropiación no convierte al hecho en estafa. Para que haya estafa el engaño ha de ser simultáneo a la realización de la conducta típica.

5. Grados de ejecución

La estafa se consuma cuando se produce el perjuicio patrimonial.

Al ser un delito de resultado material es posible la tentativa (arts. 16 y 62 CP), que se dará siempre que exista el engaño “bastante”, pero no se llegue a producir el resultado por causas independientes de la voluntad del sujeto activo.

6. Problemas concursales

El delito con el que la estafa aparece más frecuentemente en concurso es el delito de falsedad documental (de documentos privados o públicos). Son muchos los casos en que el documento falso es utilizado como medio de engaño defraudatorio.

La doctrina dominante y el Tribunal Supremo han venido entendiendo que es preciso distinguir dos supuestos:

a) La relación concursal existente entre la falsedad en documento privado y la estafa

La jurisprudencia considera que entre el delito de falsedad en documento privado (art. 395 CP) y la estafa existe un concurso de leyes, que resuelve mediante la aplicación del principio de alternatividad, que da lugar a la aplicación de la norma que sanciona el hecho con pena más grave. Si la estafa constituye delito (porque el valor de lo defraudado excede de 400 euros) se aplica la estafa y si la estafa es constitutiva de falta, se aplica la pena del delito de falsedad en documento privado. La razón de ello es que el art. 395 requiere que la falsedad se realice “para perjudicar a otro”, lo que convierte a la defraudación en un elemento integrante de esta modalidad delictiva falsaria. Como consecuencia, la aplicación conjunta del delito de falsedad y el de estafa, en concurso de delitos, supondría la violación del *principio non bis in idem*, dado que ambos delitos tienen un contenido de injusto semejante.

b) La relación concursal existente entre la falsedad en documento público, oficial o mercantil y la estafa.

La jurisprudencia considera que entre el delito de falsedad de documento público, oficial o mercantil (art. 392 CP) y la estafa existe un concurso medial de delitos –art. 77 CP– (en este sentido, el Acuerdo del TS de 8 de marzo de 2002). Ello es así porque en esta clase de falsedad no se exige el ánimo de perjudicar a otro.

7. Las estafas impropias

7.1. Transferencia no consentida de un activo patrimonial mediante manipulación informática (artículo 248.2 a) CP)

El art. 248. 2 a) indica que *"también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero"*.

Esta estafa impropia está recogida en el art. 248. 2 y penada en el art. 249 (la pena es la misma que la prevista para la estafa propia). Si la cuantía de lo defraudado es igual o inferior a 400 euros es preciso acudir a la falta del art. 623. 4 CP (castigada con las penas de localización permanente de 4 a 12 días o multa de 1 a 2 meses).

Esta modalidad de estafa supuso una novedad del Código penal de 1995 respecto al anterior, que trató de cubrir con esta figura una laguna de nuestro ordenamiento jurídico nacida por el continuo avance de las nuevas tecnologías. Antes de ser introducidas estas conductas en el Código penal, estos hechos resultaban atípicos, porque no se daban los elementos del hurto ni de la estafa.

Estamos ante una estafa impropia porque lo que produce aquí el perjuicio patrimonial es una "manipulación informática o artificio semejante", es decir, no se dan todos los elementos de la estafa propia. En estos supuestos no se da el "engaño bastante" para producir "error" en otra persona. Por otra parte, la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, no puede considerarse acto de disposición en sentido estricto, porque no es el perjudicado quien personalmente lo realiza, sino que tiene lugar de un modo mecánico sin que el perjudicado llegue a darse cuenta en el momento en que se produce, sino posteriormente.

Se exige, y en esto coincide con la estafa propia, el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial de un tercero. La transferencia no consentida es el acto de disposición que provoca el perjuicio para tercero. Igualmente se precisa la relación de causalidad entre la manipulación informática, la transferencia electrónica y el perjuicio ajeno.

La manipulación informática es fundamentalmente una alteración o modificación de los datos, que puede consistir en su supresión, en introducción de nuevos datos falsos, en la modificación dentro del programa o en colocar datos en distinto momento o lugar (Vives Antón). Sin embargo, la jurisprudencia también considera que se da este delito cuando la conducta consiste en utilizar datos verdaderos. Así, el TS considera que integran la estafa informática todas las manipulaciones o artificios que se dirigen a máquinas, incluida la suplantación de personalidad que se produce cuando se utiliza la tarjeta y la clave sustraídas a otros, que vienen a considerarse datos falsos, hecho incluíble en el concepto de "artificio semejante" (SsTS de 26 de junio de 2006, 9 de mayo de 2007, 17 de diciembre de 2008).

Finalmente, y en relación a los sujetos activos, éstos pueden ser tanto los operadores, programadores u otros que accedan legítimamente a la elaboración del programa, como también cualquier sujeto que acceda a las terminales públicas o privadas o intercepte las líneas de transmisión de datos a distancia. Es decir, pueden ser tanto las personas legitimadas para acceder y operar en el sistema, como terceros no autorizados.

7.2. La fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas

Esta estafa impropia está recogida en el art. 248.2 b) y penada en el art. 249 (la pena es la misma que la prevista para la estafa propia). Si la cuantía de lo defraudado es igual o inferior a 400 euros es preciso acudir a la falta del art. 623.4 CP.

Esta previsión anticipa la protección penal a un momento anterior a la lesión, pues tipifica autónomamente conductas que no constituyen siquiera una tentativa de estafa, sino actos preparatorios no incluidos en la provocación, conspiración y proposición de estafa del art. 269 CP.

La doctrina (González Rus) pone de manifiesto que, dada la naturaleza preparatoria de los actos que se castigan, la pena es desproporcionada (la pena es la misma que la señalada para otros supuestos de estafa).

7.3. La utilización de tarjeta de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en cualquiera de ellos para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero (art. 248.2 c)

La LO 5/2010 al introducir este nuevo apartado pretende acabar con las incertidumbres interpretativas planteadas en los últimos años en torno a la tipificación del uso de tarjetas de crédito ajenas.

En esta modalidad de estafa, introducida en el CP por LO 5/2010, se castiga el hecho de utilizar estos medios de pago o los datos obrantes en los mismos, para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero. La pena prevista para todos los tipos de estafa vistos hasta ahora es la prisión de 6 meses a 3 años (art. 249). Si el perjuicio es igual o menor a 400 euros se aplica la falta del art. 623.4 CP.

El legislador ha optado por dar un tratamiento unitario a la utilización de tarjetas para cometer estafa, cualquiera que sea la forma en que se usen, tanto si es presencial (por ejemplo, una persona se presenta ante otra haciéndose pasar por la verdadera titular de la tarjeta –en estos supuestos la jurisprudencia no tenía ningún inconveniente en castigar la conducta como estafa–) como virtual (extracción de dinero de un cajero utilizando el número secreto de la persona titular).

Por otra parte, la LO 5/2010 ha introducido en el art. 399 bis el delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. Se castigan en este precepto las conductas de falsificación de estos medios de pago (nº 1), la mera tenencia de estos medios de pago falsificado (nº 2), así como el uso de esas tarjetas o cheques de viaje falsos, en perjuicio de otro sin haber intervenido en su falsificación, pero a sabiendas de su falsedad (nº 3). En consecuencia, si se falsifican las tarjetas o cheques de viaje y luego se utilizan para cometer una estafa, habrá un concurso medial de delitos entre el delito tipificado en el art. 399 bis.1 y esta modalidad de estafa. Por el contrario, si se utilizan esos medios de pago falsos sin haber intervenido en la falsificación, dado que esta modalidad de falsedad abarca el perjuicio patrimonial ajeno, habrá un concurso de leyes entre la estafa y el tipo de falsedad del art. 399 bis. 3, que se resuelve por aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4.º) a favor del delito de falsedad documental, que tiene señalada una pena más grave.

8. Tipos agravados

Los tipos agravados de estafa están previstos en el art. 250.1 CP.

Para poder aplicarlos es necesario que se den los elementos del tipo básico y, además, alguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 250.

Para aplicar los tipos agravados, el dolo del autor debe comprender el conocimiento de los elementos de cada uno de los supuestos y la voluntad de realizarlos.

En el art. 250.2 se recoge un tipo superagravado. Se agrava la pena si concurren las circunstancias 4.^a, 5.^a o 6.^a con la 1.^a.

8.1. Cuando la estafa recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social (art. 250 1.1.º)

El fundamento de la agravación reside en la especial importancia social del objeto de la defraudación.

No se exige que el sujeto activo lleve a cabo la alteración. Se podrá aplicar este tipo agravado a quien vende a sabiendas alimentos alterados, aunque no sea él quien lleve a cabo la alteración.

8.1.1. Cosas de primera necesidad

Son cosas de primera necesidad aquellas que son necesarias para la subsistencia de las personas (alimentos, medicamentos, calzado, vestidos, productos de limpieza y aseo), excluyéndose los artículos de lujo, los coches (STS de 25 de noviembre de 1991) y las parcelas para segunda vivienda o adquiridas con finalidad inversora (STS de 12 de noviembre de 1987).

El supuesto más frecuente consiste en que el sujeto activo defraude en la sustancia, calidad o cantidad.

8.1.2. Viviendas

Constituirá este tipo agravado la entrega anticipada de dinero para la compra de viviendas cuando el constructor desde el inicio tenía la voluntad de no construir y engañar de este modo a los compradores. La Jurisprudencia (STS de 15 de diciembre de 2011) niega que haya estafa cuando el constructor tenía en un principio la voluntad de construir, pero termina en una situación de concurso voluntario de acreedores y no puede devolver a los compradores de las viviendas las cantidades que habían entregado a cuenta.

La jurisprudencia ha negado la aplicación del tipo agravado (se aplica, si se dan los elementos de la estafa, el tipo básico) cuando la defraudación tiene por objeto la segunda vivienda o la vivienda comprada con finalidad inversora (porque ya no es de primera necesidad); solo se aplica cuando la vivienda constituye la residencia habitual.

8.1.3. Bienes de reconocida utilidad social

Son aquellos bienes que, sin ser en todo caso de primera necesidad, sean prácticamente estimados como tales, es decir, se trata de bienes de tanta importancia como los de primera necesidad (escuelas, establecimientos sanitarios, transportes, etc.).

8.2. Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase (art. 250.1 2.º)

8.2.1. Abuso de firma de otro

En este supuesto aquel al que se le ha dado un documento firmado lo modifica en términos distintos a los autorizados por el firmante, derivándose de ello un perjuicio patrimonial para el firmante o para un tercero. Se comete, por ejemplo, cuando se firma una orden de transferencia ocultando que ya no se es administrador autorizado para ello (STS de 11 de junio de 2003).

Según Bajo Fernández, en este precepto son incluibles dos supuestos:

1) La estafa consistente en el abuso de firma en blanco después de que el autor haya obtenido la entrega y la firma en blanco del documento mediante engaño. Se incluyen tanto los casos en que la firma se halla al pie del documento en el que no hay nada escrito (lo que se denomina firma en blanco), como aquellos otros casos en los que el papel o el escrito se ha extendido, pero quedan todavía por completar extremos fundamentales (por ejemplo, el precio convenido), o se alteran o intercalan en el cuerpo del escrito líneas o datos no previstos.

2) La utilización de ese documento con firma en blanco como medio engañoso para producir un acto de disposición patrimonial en una tercera persona.

El abuso de firma en blanco constituye, también, un delito de falsedad de documento privado (art. 395 CP). Como ya hemos señalado, la doctrina y la jurisprudencia consideran que entre este delito y la estafa existe un concurso de leyes que se resuelve aplicando el principio de alternatividad (los supuestos de abuso de firma de otro donde no medie engaño no constituirán delito de estafa, por lo que habrá de apreciarse únicamente delito de falsedad).

Por último, hay que señalar que la consumación exige el perjuicio, de modo que el hecho de cumplimentar el documento en blanco no constituye aún delito consumado. En estos casos estamos ante una estafa en grado de tentativa.

8.2.2. Sustracción, ocultación o inutilización, en todo o en parte, de algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase

A diferencia del supuesto anterior, estas formas comisivas no poseen naturaleza falsaria, articulándose aquí el requisito esencial del "engaño bastante" mediante la desaparición de un documento público u oficial, que da lugar al error de la víctima. No se trata de alterar el contenido de tales documentos, sino de sustraerlos, ocultarlos o inutilizarlos.

8.3. Cuando recaiga sobre bienes que integran el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico (art. 250. 1.3.º).

Coincide este supuesto con la circunstancia agravante recogida en el art. 235 1. –delito de hurto– (remisión).

8.4. Cuando revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia (art. 250 1. 4.º)

Esta circunstancia también coincide con las circunstancias agravantes previstas para el delito de hurto en el art. 235.3 y 4 (remisión).

8.5. Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros (art. 250 1. 5.º)

Hasta la reforma de 2010 había que atender al valor de la defraudación para determinar si la estafa revestía especial gravedad, esto es, esta circunstancia quedaba integrada con la anterior, sin hacerse referencia a ninguna cuantía concreta, por lo que era la jurisprudencia la que establecía la cuantía y la iba actualizando. Tras la LO 5/2010, el valor de la defraudación pasa a ser un tipo agravado autónomo y la cuantía queda establecida en 50.000 euros, sin necesidad de acudir a ninguna interpretación jurisprudencial.

Así, tras la reforma, existe una mayor seguridad jurídica, puesto que la cuantía no la determina la jurisprudencia, pero esta regulación tiene la dificultad de tener que reformar el Código penal cada vez que se quiera actualizar la cuantía.

8.6. Cuando se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional (art. 250. 1. 6.º)

Si el abuso de confianza es un elemento para la construcción del engaño (la estafa se basa en la confianza que el sujeto activo despierta en el sujeto pasivo) no se puede volver a tomar en consideración para aplicar el tipo agravado. Por ello, para aplicar la circunstancia relativa al “abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador”, esa relación personal tiene que ser distinta de la que ha sido tomada en cuenta para integrar el engaño, porque si lo fuera se estaría desvalorando dos veces el mismo hecho, con vulneración del principio *non bis in idem* (SsTS de 16 de febrero de 2007 y 9 de mayo de 2007). Su apreciación es frecuente en relación con ancianos o personas con discapacidades que aprovecha el autor para realizar la estafa. Así, se aplicó, por ejemplo, en un caso en el que la encargada de una residencia convence a un anciano desvalido para que le venda el piso, sin abonar el precio (SAP de Barcelona, de 18 de mayo de 2010).

Semejante es el fundamento del aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional del autor: el abuso de la confianza que deposita el sujeto que se pone en manos de un profesional. Así, por ejemplo, el abogado que cobra una cantidad desorbitada por la tramitación de un sencillo expediente de concesión de una pensión por un Estado extranjero, sin realizar las gestiones (STS de 30 de noviembre de 2006).

8.7. Cuando se cometa estafa procesal (artículo 250. 1. 7.º)

Estamos ante un supuesto muy particular de estafa que se caracteriza porque el comportamiento engañoso se realiza dentro de un proceso. Desde la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 el Código penal recoge la siguiente definición de la estafa procesal: *“Incurrir en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendían fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero”*.

En la estafa procesal una de las partes procesales, con ánimo de lucro, dirige su engaño (por ejemplo, presenta testigos, documentos o informes periciales) al juez para inducirle a error, de modo que el juez, con base en ese error dicta una resolución judicial, con base en la cual el sujeto pasivo tiene que realizar un acto de disposición

que le ocasionará un perjuicio patrimonial. El Juez dicta una sentencia de la que se deriva un perjuicio patrimonial para la parte procesal contraria o para un tercero ajeno al proceso.

De este manera, la estafa procesal requiere todos los elementos, objetivos y subjetivos de la estafa ordinaria. Lo único que hace el legislador es especificar implícitamente quien es el engañado (el juez) y cuál es el contexto y la forma en que ha de producirse el engaño.

El perjudicado con la sentencia o resolución judicial puede ser la otra parte o un tercero ajeno al pleito, lo que permite incluir también los casos en los que los litigantes se conciertan para obtener del Juez una resolución en perjuicio ajeno.

El engaño se debe realizar dentro de un proceso jurisdiccional, que habrá de tener un contenido patrimonial: procesos penales (dentro de ellos se resuelve la responsabilidad civil), civiles (ejemplo: sucesiones), laborales o contencioso-administrativos, siempre que el proceso tenga un contenido patrimonial (ejemplos: responsabilidad patrimonial de la administración o la concesión de una licencia). Se excluyen los expedientes administrativos que se sustancian solamente ante la Administración Pública.

La doctrina discute acerca de cuál es el momento de la consumación en la estafa procesal. Según la doctrina dominante el perjuicio se produce en el momento en el que el Juez dicta la sentencia o resolución judicial injusta. Por el contrario, otros autores consideran que la estafa procesal se consuma cuando se produce la privación efectiva de bienes económicos al litigante vencido por ejecución de la sentencia o a un tercero. Por otra parte, dentro de los autores que consideran que el delito se consuma con la emisión de la sentencia (Cerezo), la opinión mayoritaria considera que basta con la sentencia de primera instancia, mientras que otros autores consideran que ha de ser firme (Rodríguez Devesa y Torío).

El fundamento de la agravación se encuentra en que con esta conducta no solo se lesiona el patrimonio, sino también la confianza en la función jurisdiccional, es decir, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (bien jurídico colectivo).

Si la conducta engañosa, además de la estafa, es constitutiva de otros delitos cabe estimar la existencia de un concurso de delitos. Así ocurre con el delito de falsedad en documento público. Por el contrario, la doctrina considera que debe apreciarse un concurso de leyes entre la estafa procesal y el delito de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP)

9. Tipos específicos de estafa

Los tipos específicos de estafa están regulados en el art. 251: "*Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años: 1.º. Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de un tercero; 2.º. El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero; 3.º. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado*".

La doctrina (González Rus) señala que los supuestos 1.º y 2.º son estafas propias, en el sentido de que los supuestos reconducibles a ambos apartados serían constitutivos de estafa conforme al concepto general de la misma y no necesitaban de tipificación expresa. Por el contrario, la estafa del nº 3.º es una estafa impropia, dado que en el otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado no tiene por qué haber ni error ni acto de disposición, por lo que para su consideración como delito de estafa se hacía necesario un tipo específico que la castigara.

9.1. Estafa por apariencia dominical (artículo 251.1.º)

En esta modalidad de estafa el sujeto activo se atribuye falsamente sobre una cosa mueble o inmueble la facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercido (por ejemplo, un sujeto, después de vender el piso a otro en escritura pública lo vuelve a vender a otra persona) y de esta manera consigue enajenarla, gravarla o arrendarla a otro, ocasionándole un perjuicio a éste o a un tercero.

9.2. Estafa por disposición indebida (artículo 251.2.º)

En esta otra figura delictiva lo que hace el sujeto activo es disponer de una cosa mueble o inmueble, bien ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma (por ejemplo, el sujeto activo vende el piso ocultando que está arrendado) o bien, habiéndola enajenado como libre, la grava o enajena nuevamente “antes de la definitiva transmisión al adquirente” (aquí radica la diferencia con la estafa regulada en el art. 251.1.º, segundo inciso) en perjuicio de éste o de un tercero. Por ejemplo, el sujeto vende un piso y antes de hacer entrega de él mediante escritura pública –para que se produzca la pérdida del dominio por el vendedor es precisa la entrega o *traditio* mediante escritura pública: arts. 1462 y 1463 CC–, lo grava con una hipoteca.

9.3. Estafa por simulación de contrato (artículo 251.3.º)

En el caso del contrato simulado, estamos ante un supuesto que no encaja dentro del concepto que hemos formulado de estafa, puesto que aquí el engaño no lleva al perjuicio a través de un acto de disposición.

Muñoz Conde señala que la inclusión de este precepto entre las estafas solo puede comprenderse si se considera que el otorgamiento del contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien ajeno a los contratos que, fiándose de la apariencia contractual, realiza una disposición patrimonial que le perjudica.

Por ejemplo, se ha apreciado estafa por contrato simulado en un caso en el que el marido simula una venta para disminuir el patrimonio ganancial (STS de 22 de enero de 1996) o en un supuesto en el que el sujeto activo simuló un subarrendamiento para evitar el desahucio (STS de 4 de junio de 2002).

Se duda acerca de si pueden incluirse en este delito los supuestos en que mediante un contrato simulado se transfieren los bienes a un tercero para impedir que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito sobre los mismos, puesto que esta conducta plantea problemas de delimitación con el alzamiento de bienes (la jurisprudencia ha aplicado en estos supuestos este tipo de estafa –SsTS de 6 de marzo de 2002 o 7 de diciembre de 2005–). Como señala Muñoz Conde, si el

contrato simulado se realiza para perjudicar al acreedor de uno de los contratantes tal simulación será, en principio, una forma de alzamiento de bienes (art. 257.2 CP).

10. La responsabilidad de las personas jurídicas

La LO 5/2010 ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis, 33.7 y 66 bis CP). Como consecuencia de ello, se ha introducido en el ámbito de la regulación del delito de estafa un nuevo artículo, el 251 bis, que señala lo siguiente: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa del triple al quíntuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

III. LA APROPIACIÓN INDEBIDA

1. Introducción. Las dos figuras delictivas que se contienen en el artículo 252

El delito de apropiación indebida está regulado en el Título XIII, Capítulo VI ("De las defraudaciones"), Sección 2ª ("De la apropiación indebida").

Las clases de infracciones penales que existen en el ámbito de la apropiación indebida son las siguientes:

- a) Delitos:
 - 1.- El tipo básico (art. 252, primer inciso).
 - 2.- Tipos agravados:
 - 2.1. La apropiación indebida con aplicación de las agravaciones de la estafa que sean compatibles con ella (art. 252, primer inciso).
 - 2.2. El depósito necesario o miserable (art. 252, último inciso).
 - 3.- La apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253).
 - 4.- La apropiación de cosa transmitida por error (art. 254).
- b) Falta: la prevista en el art. 623. 4.

Nuestro CP no contiene, como otros Códigos penales, como el alemán, un delito de administración fraudulenta independiente de apropiación indebida. El Código penal de 1995 introduce un delito de administración fraudulenta específico para el ámbito de las sociedades mercantiles (art. 295 CP), sin incluir a la vez, como desde hacía tiempo venía reclamando la doctrina, un delito genérico, que castigue esta conducta en otros ámbitos. Por ello, el Tribunal Supremo, en algunas sentencias (por ejemplo, la STS de 26 de febrero de 1998 y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2000) y un sector doctrinal (Sánchez-Vera, Silva Castaño, Mayo Calderón) han propuesto una interpretación del art. 252 que permite

entender que en el citado artículo se regulan, en realidad, dos infracciones penales de distinta naturaleza: el tradicional delito de apropiación indebida y un delito de administración fraudulenta genérico.

2. El tradicional delito de apropiación indebida

2.1. El bien jurídico protegido

La mayoría de la doctrina española considera que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es la propiedad, aunque un sector doctrinal (Mayo Calderón, Castro Moreno) matiza que en realidad se está protegiendo el patrimonio. Como señala Castro Moreno, la propiedad es una parte del patrimonio, de modo que toda conducta que lesiona esta debe necesariamente lesionar aquel (no es imaginable la conducta de un sujeto que lesione la propiedad de la víctima, pero que a la vez deje indemne el patrimonio), por lo que el bien jurídico difícilmente puede servir de criterio delimitador. En mi opinión, lo que diferencia al delito de apropiación indebida de otros delitos es la forma de ataque al bien jurídico patrimonio. En los delitos de hurto y robo el patrimonio se lesiona mediante el apoderamiento de la cosa (el sujeto activo tiene que lesionar la posesión), en la estafa mediante el engaño (que le lleva al sujeto pasivo a entregar la cosa) y en la apropiación indebida la lesión al patrimonio implica una lesión a la propiedad porque, como vamos a ver a continuación, el sujeto activo tiene ya la posesión legítima en virtud de un título traslativo de la posesión de los previstos en el art. 252 (la conducta ilícita consiste en convertirse en ilegítimo propietario, trasmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica).

2.2. La acción típica

En el art. 252, primer inciso, se contiene el tipo básico del delito de apropiación indebida: *"Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros"*.

Las penas para el delito de apropiación indebida son las mismas penas del delito de estafa. En relación con la imposición de la pena, el art. 252 se remite al art. 249 (tipo básico de estafa) o al art. 250, en su caso (supuestos agravados de estafa). Por tanto, el tipo básico está castigado con pena de prisión de seis meses a tres años.

En la apropiación indebida la conducta típica consiste en la apropiación de cosas muebles por parte de quien tiene la posesión legítima de estas. El poseedor legítimo se convierte en ilegítimo propietario, trasmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita. Para que exista apropiación indebida es necesario, por tanto, que el sujeto tenga inicialmente la posesión lícita de la cosa. El sujeto activo tiene la posesión legítima del objeto material (un bien mueble) por haberlo recibido en virtud de alguno de los títulos traslativos de la posesión de los previstos en el art. 252, que producen la obligación de devolver o entregar el bien, de manera que, aunque tiene la posesión del bien, no está legitimado para actuar como su propietario. Por ello, lo injusto consiste en ejercer las facultades de disposición que corresponden al propietario.

Tanto la expresión "apropiarse" como la de "negar haber recibido" suponen la disposición del bien mueble por el sujeto activo, como si fuera su propietario (la expresión "distraer" constituye la acción típica del otro tipo delictivo que, en mi opinión, se contiene en el art. 252: el de administración fraudulenta). La disposición supone un "acto de apropiación" del sujeto, que implica un incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver. Así, por ejemplo, el sujeto activo realizará este acto de apropiación si la enajena, la grava, la dona, etc.

La jurisprudencia ha aplicado el delito de apropiación indebida, por ejemplo, en los siguientes casos: el funcionario encargado de un archivo histórico se apodera de la documentación y los libros (SAP de León de 16 de febrero de 2006); el director de una sucursal bancaria se apropia del dinero que le entregaban sus clientes en lugar de ingresarlo en la caja (STS de 29 de diciembre de 2011); el apoderado para realizar los trámites legales conducentes a la obtención de determinadas indemnizaciones oculta la cantidad realmente cobrada, sin entregar una parte de la misma al que le ha otorgado el poder para realizar estas gestiones (STS de 7 de diciembre de 2011).

2.3. El objeto material

El art. 252, primer inciso, determina el objeto material del delito de apropiación indebida refiriéndose al "*dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial*". Por lo tanto, el objeto material ha de ser un bien mueble.

Para poder aplicar la pena del "delito" de apropiación indebida es necesario que la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. Si la cuantía de lo apropiado es menor o igual a 400 euros, ha de aplicarse la "falta" de apropiación indebida (art. 623.4 CP).

En relación con el dinero como objeto de la apropiación indebida ha existido una intensa polémica doctrinal. Se ha puesto de manifiesto que en los casos en que la apropiación indebida tiene por objeto el dinero, la propiedad no puede ser el bien jurídico protegido, dado que su carácter de bien fungible hace que la mera posesión del mismo conlleve automáticamente su propiedad (art. 1753 CC). Por esta razón, una parte de la doctrina entiende que en la apropiación indebida se protegen dos bienes jurídicos diferentes dependiendo del carácter fungible o no del objeto material sobre el que recae: si la apropiación recae sobre bienes no fungibles, el bien jurídico será la propiedad, mientras que si recae sobre bienes fungibles será el derecho a que se cumpla la obligación de devolución. Así, cuando el objeto material es el dinero el bien jurídico protegido –dice este sector doctrinal– es el derecho de crédito.

Una línea jurisprudencial (al respecto véase el apartado dedicado a la administración fraudulenta) ha solucionado la cuestión entendiendo que la distracción de dinero es constitutiva del tipo de administración fraudulenta que se contiene, junto al tradicional delito de apropiación indebida en el art. 252 (es decir, entiende que en el art. 252 se regulan dos delitos de diferente naturaleza). En mi opinión, el dinero puede ser objeto material tanto del delito de apropiación indebida (si se entrega como un bien determinado) como del delito de administración fraudulenta genérico que se regula junto al anterior en el art. 252 (existe un delito de administración fraudulenta específico para el ámbito societario que se regula en el art. 295). Por ejemplo, A le entrega a B un maletín de dinero para que se lo guarde y se lo devuelva dentro de unos días. Si B se apropia del maletín con el dinero será autor de un delito de apropiación indebida. Si, por el contrario, A le entrega a B, que

es el administrador de su patrimonio, una cantidad de dinero para que la invierta y este la utiliza para comprar un bien a un precio muy superior al de mercado a un amigo suyo, que luego le da una comisión (podría haber comprado el mismo bien a un precio muy inferior a otra persona), será autor de un delito de administración fraudulenta.

2.4. La relación que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material

Como ya hemos señalado, para que exista apropiación indebida es necesario que el sujeto activo tenga inicialmente la posesión lícita de la cosa. Para ello hay que acudir a un concepto penal de posesión, que excluye la mera tenencia material (que sí integra el concepto de posesión en el Derecho civil). Así por ejemplo, si un sujeto le pide a otro que le guarde la maleta mientras baja del tren el resto del equipaje y este último se la lleva, comete hurto y no apropiación indebida.

Tendrá la posesión legítima del bien mueble el que lo haya recibido por alguno de los títulos traslativos de la posesión a los que hace referencia el art. 252 o por otros semejantes. La doctrina y la jurisprudencia entienden que el art. 252 ha de interpretarse como *numerus apertus*, que permite acoger todos los títulos que cumplan una doble condición: 1.º.-Que no produzcan transmisión de la propiedad del objeto contractual, y 2.º.- Que lleven consigo la obligación de retorno o devolución.

El legislador cita expresamente el depósito y la comisión mercantil (en mi opinión “la administración”, también citada por el legislador, da lugar a la aplicación del otro tipo delictivo, de distinta naturaleza, que se contiene en el art. 252: el de administración fraudulenta).

El depósito puede ser voluntario (art. 1763 y ss a 1765 CC) o necesario (art. 1781 CC). El art. 1766 CC señala lo siguiente: “*El depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título I de este libro*”. El depósito necesario se regula en el art. 1781 y ss CC: “*Es necesario el depósito: 1. Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal; 2. Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes*”.

La comisión mercantil se regula en el art. 244 Código de comercio: “*Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador de comercio el comitente o comisionista*”.

La jurisprudencia ha considerado que también se incluyen en el art. 252 los siguientes títulos:

1. El comodato (arts. 1741 y ss. y 1740 CC). Según el art. 1740 CC: “*Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés*”.

2. El mandato (arts. 1.709 y ss. CC). Según el art. 1709 CC: “*Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa, por cuenta o a cargo de otra*”.

3. La prenda (art. 1857 y ss. CC). El art. 1857 CC señala: “*Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal: 2. Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca: 3. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes*”.

4. El arrendamiento (arts. 1542 y ss. CC).

5. La aparcería (el art. 1579 del Código Civil dice: “*El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles o industriales, se regirá por las disposiciones del contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y en su defecto, por la costumbre de la tierra*”).

6. Otros contratos incluidos por la jurisprudencia en el art. 252 son el de sociedad (en mi opinión, en este caso procede la aplicación del delito de administración fraudulenta regulado en el mismo art. 252) el usufructo, el precario, la representación civil, incluso los simples encargos de actuación por otro, el arrendamiento de servicios en virtud del que se recibe una materia para transformarla, disponiendo de ella, y el *leasing* (alquiler con derecho de compra en el que hasta el pago total no se trasmite la propiedad), aunque respecto de este último el simple impago de las cuotas constituye un simple incumplimiento contractual (STS de 4 de mayo de 2001).

En cambio, la jurisprudencia ha excluido los siguientes títulos del art. 252:

1. El préstamo (arts. 1740 y 1753 y ss. CC) ya que el art. 1.753 del Código civil dice que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad.

2. El depósito irregular (art. 309 Código de comercio) porque implica también la entrega de cosas fungibles con transmisión de la propiedad. El art. 309 CCom señala: “*Siempre que, con asentimiento del depositante, dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado*”.

3. La compraventa (arts. 1445 y ss. CC), salvo si es con reserva de dominio (STS de 25 de febrero de 2011).

4. Los contratos que aun transmitiendo la posesión dan derecho a disponer de la cosa. Por ejemplo, el usufructo con derecho a enajenación (si el derecho de usufructo es el habitual –arts. 467 y ss. CC– el usufructuario puede ser sujeto activo del delito de apropiación indebida).

4. La permuta (art. 1538 y ss. CC).

5. La donación (art. 618 y ss. CC).

Asimismo, no puede decirse que la cosa se ha recibido si la relación del sujeto activo de la apropiación indebida con la cosa es consecuencia de un previo comportamiento delictivo, por ejemplo, estafa, hurto o robo (si la relación tiene su origen en un hurto o en una estafa o en cualquier otro delito, diríamos que la

apropiación posterior, es decir, el acto de disposición posterior, resultaría un comportamiento copenado). Si la relación del autor con la cosa tiene carácter ilícito difícilmente puede decirse que la ha recibido por título que produce la obligación de entregarla o devolverla. En estos casos, la obligación de devolverla no surge de ninguno de los títulos recogidos en el art. 252, sino que se deriva del previo despojo.

Ahora bien, es indiferente la ilicitud civil de la adquisición, por ejemplo, en virtud de negocio nulo por vicio de consentimiento. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1982 entendió que "la concurrencia de supuestas nulidades o causas de anulabilidad no pueden ser invocadas en favor del procesado en el proceso penal", en relación con una posterior apropiación indebida.

2.5. La distinción entre la apropiación indebida y otros delitos contra el patrimonio

Como hemos señalado, el elemento esencial del tipo objetivo de la apropiación indebida que lo distingue de otras figuras es que en ella el autor posee legítimamente aquello de lo que se apropia. Ejemplo: el propietario de un taller de coches vende un coche de alguien que lo ha dejado en su taller para que lo repare. Este sujeto tiene, por tanto, la posesión legítima del coche (no ha llevado a cabo ningún acto de apoderamiento del vehículo ni se lo ha entregado el propietario después de una maniobra engañosa), lo que hace es convertirse en ilegítimo propietario, ejerciendo las facultades de disposición que corresponden a éste.

En el hurto el autor no posee legítimamente la cosa antes de hurtarla. Ahora bien, no siempre es fácil precisar cuándo se da esa relación posesoria del sujeto con el objeto característica de la apropiación indebida, lo que plantea dificultades en la práctica para distinguir la apropiación indebida del hurto. Así, como ya hemos señalado, si el sujeto activo tiene la mera tenencia material estaremos ante un delito de hurto (en el hurto el sujeto activo no es poseedor de la cosa). porque no hay posesión en el sentido penal del término (el contenido de este término no es el mismo en el Derecho penal que en el Derecho civil). Ejemplo: A le pide a B que le guarde un momento la maleta mientras coge el resto del equipaje y B se la lleva. Por otra parte, en este supuesto, la entrega de la cosa no se ha hecho por ninguno de los títulos que enumera el precepto u otros semejantes.

Este problema se plantea especialmente en el caso de empleados que reciben los bienes de sus dueños por razones de servicio (ejemplo: el conductor que se apropia del vehículo que ha recibido para el desempeño de su profesión, el cajero del banco se lleva el dinero a su casa en lugar de ingresarlo en la caja, etc.). Hay autores que consideran que en estos casos no se da una auténtica traslación de la posesión por parte del propietario, razón por la cual estos supuestos deberían calificarse de hurto. Otros autores (González Rus) entienden que los empleados (de banco, domésticos, conductores) cometen apropiación indebida si se apoderan de los objetos o bienes que están a su disposición para cumplir su trabajo, pero hurto cuando se apoderan de otros objetos que están en su lugar de trabajo. Por su parte, la jurisprudencia castiga la apropiación indebida del dinero por parte de los empleados de banco como apropiación indebida (véase, por ejemplo, la STS de 29 de diciembre de 2011).

En la estafa se produce un engaño inicial que provoca el desplazamiento patrimonial que perjudica a la víctima, mientras que en la apropiación indebida el sujeto activo había obtenido la posesión de la cosa sin mediar engaño ni

manipulación alguna (en la apropiación indebida el sujeto ha recibido los bienes en virtud de un título que produce la obligación de devolverlos o entregarlos).

2.6. El tipo subjetivo

Debe concurrir el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de apropiarse del bien mueble.

La mayoría de la doctrina exige la concurrencia del ánimo de lucro (elemento de lo injusto adicional al dolo). Algunos autores consideran que este implica un “ánimo de apropiación” (*animus rem sibi habendi*), mientras que otros exigen “el ánimo de apropiación” como otro elemento subjetivo de lo injusto, adicional al anterior. Por el contrario, otro sector doctrinal no requiere elemento subjetivo alguno adicional al dolo. Así, considera Bajo Fernández que el dolo incluiría cualquiera de los elementos subjetivos que exigen la doctrina y la jurisprudencia, haciendo innecesaria su concurrencia. Si la consumación se da con el acto de disposición de la cosa, el dolo consiste en el conocimiento y voluntad referido al elemento objetivo del tipo, implicando en este caso conocimiento y voluntad de disponer de la cosa en concepto de dueño. En un sentido similar, Rodríguez Devesa considera que el propósito de incorporar la cosa al propio patrimonio forma parte del dolo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de manera unánime, viene reclamando el ánimo de lucro en la apropiación indebida, interpretándolo por lo demás, en los mismos términos que en el robo y en el hurto, como cualquier beneficio, ventaja, utilidad, incluso contemplativa, altruista, política o social (SsTS de 3 de enero de 1985, 19 de mayo de 1988, 18 de septiembre de 1998 y SsAP de Madrid de 26 de mayo de 2003 y 20 de noviembre de 2006 y la SAP de Pontevedra de 24 de abril de 2007).

En mi opinión, ha de exigirse el ánimo lucro como elemento subjetivo de lo injusto, que, en el ámbito de este delito, implica un ánimo de apropiación es decir, el sujeto ha de actuar con el fin de obtener una ventaja patrimonial (que puede no tener un contenido económico, si se defiende el concepto personal de patrimonio) con la apropiación, que implica la no devolución o entrega al propietario de una manera definitiva. El sujeto puede actuar con dolo, es decir, puede tener conciencia y voluntad de realizar un acto de apropiación (es decir, un acto que corresponde realizar al propietario y no al poseedor) sin la intención de incorporar la cosa definitivamente a su patrimonio. Así, si el sujeto actúa con “ánimo de uso” la conducta es atípica. De este modo, se excluye del ámbito del delito de apropiación indebida el simple mal uso de la cosa poseída sin intención de apropiársela (usos ilícitos no dominicales). La denominada apropiación indebida de uso no encaja en este artículo. El legislador castiga únicamente la “apropiación indebida de uso” cuando el objeto material es un vehículo a motor o ciclomotor (art. 244).

2.7. Antijuridicidad

La doctrina ha puesto de manifiesto que en los siguientes supuestos la conducta no sería antijurídica, por aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 CP):

a) El derecho de compensación.

En el ámbito de la antijuridicidad cobra especial importancia la compensación como forma de extinción de las obligaciones, ya que puede justificar la apropiación indebida cometida.

La compensación tendrá lugar, como indica el art. 1.195 del Código civil, cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.

Para que la compensación justifique la apropiación indebida han de darse todos los requisitos exigidos en los arts. 1195 y ss. del Código civil (uno de estos requisitos es que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si esta se hubiere designado).

En la práctica, para saber si hubo o no apropiación indebida se hace necesario proceder a la liquidación de cuentas pendientes, pues solo así puede conocerse (realmente) si estaba o no justificada la apropiación que, para compensar, realiza el sujeto activo. Si, efectuada la liquidación, se evidencia que la cantidad apropiada no era superior a la deuda pendiente la apropiación puede estar justificada (los estados de liquidación pendiente pueden, eso sí, excluir la culpabilidad por la existencia de un error invencible de prohibición).

Por el contrario, si aún sin efectuar la liquidación, resultara evidente que la cantidad apropiada excede de aquello que hubiera podido compensarse, no hay dificultad alguna para entender existente el delito, aunque siga siendo necesaria la liquidación de cuentas para precisar la cuantía, y con ella, la pena.

b) El derecho de retención.

También se ha invocado como causa de justificación el derecho de retención. El ejercicio del derecho de retención dentro de los límites marcados por el Código civil y el Código de comercio justifica la apropiación. Así, por ejemplo, el depositario puede invocar el derecho de retención hasta el completo pago de lo que se le debe (art. 1780 del Código civil) o el derecho de retención del mandatario sobre las cosas objeto del mandato (art. 1.730 del Código civil). Asimismo, puede también invocar el derecho de retención el comisionista de los efectos recibidos en consignación (art. 276 Código de comercio), el usufructuario si realizó reparaciones indispensables para conservar la cosa (art. 502 Código civil) y el arrendatario de obra (art. 1.600 Código civil).

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Bajo Fernández, el ejercicio del derecho de retención no sería una causa de justificación. Si procede ejercer el derecho de retención la conducta sería atípica, en la medida en que tal derecho se refiere al supuesto en que se retiene la cosa en prenda y no con ánimo de apropiación, es decir, faltaría ya el acto de apropiación consistente en disponer de la cosa como propia cuando no se tiene esa facultad.

2.8. Formas imperfectas de ejecución

La doctrina casi de forma unánime considera que para darse la consumación del delito es necesario que se dé un perjuicio de carácter patrimonial para el sujeto pasivo, correlativo a la apropiación. De esta forma, el delito de apropiación indebida sería un delito de resultado (el resultado estaría integrado por el perjuicio patrimonial correlativo a la apropiación).

Al respecto, Muñoz Conde señala que el delito se consuma cuando el sujeto activo realiza sobre la cosa un acto de disposición (por ejemplo, la vende, la transfiere, niega haberla recibido...). El resultado consiste en la apropiación, que se manifiesta al realizarse los actos de disposición o al negar haber recibido las cosas

poseídas, y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de la cosa.

Un sector doctrinal considera que, aunque normalmente apropiación y perjuicio suelen coincidir, puede ocurrir que no coincidan. Si a pesar del acto dispositivo en que se traduce la apropiación, no se llega a producir el perjuicio patrimonial lesivo para el sujeto pasivo, el delito no se consuma y cabe la tentativa. La cuestión tiene trascendencia para apreciar la impunidad en los casos de desistimiento voluntario (cuando gracias a ese desistimiento el perjuicio no se produce). Como ejemplo alude Muñoz Conde a un caso juzgado por el TS, en el que el autor sustituyó un cuadro que tenía en depósito por una copia, pero al entregarla al depositante este notó el cambio y reclamó el original que inmediatamente le fue devuelto. También habría que declarar impunes los casos de cantidades recibidas en comisión y empleadas en cubrir gastos propios con fines distintos a los previstos. La devolución de estas cantidades, al ser exigidas, excluyen la consumación e incluso el castigo por tentativa si se trata de un desistimiento voluntario.

Sin embargo, otro sector doctrinal minoritario considera que la acción de apropiarse y el resultado perjudicial se dan simultáneamente, no admitiendo las formas imperfectas de ejecución. Así, Bajo Fernández configura la apropiación indebida como un delito de mera actividad, que se consuma por la sola realización del acto dispositivo, descartando los supuestos de tentativa.

2.9. Actos preparatorios

En la apropiación indebida se castigan los actos preparatorios. Según art. 269 CP: “La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”.

2.10. Tipos agravados

2.10.1 Aplicación de las agravaciones de la estafa (art. 250)

El art. 252 se remite a la pena del art. 250 para los casos en que concurren los tipos agravados allí referidos. Lo cierto es que algunas circunstancias agravantes de la estafa son incompatibles con la apropiación indebida, pero otras sí son de aplicación, como la primera, la tercera, la cuarta o la quinta del art. 250.1.

Especial consideración merece la agravación del art. 252 en relación con la del art. 250.6^a, relativa al abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o al aprovechamiento de su credibilidad empresarial o profesional.

Como ha señalado la jurisprudencia (STS de 29 de diciembre de 2011, citando a las SsTS de 3 de enero de 2000, 30 de enero de 2001, 20 de junio de 2001, 22 de noviembre de 2001, 11 de abril de 2002 y 21 de octubre de 2002), “para aplicar esta circunstancia agravante, la relación previa de confianza ha de “añadir un plus de desvalor” al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio. La citada circunstancia agravante recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario y, de otra parte, el abuso de las «relaciones

personales existentes» entre ambos cuya apreciación exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo”. Así, en la citada sentencia el TS aplica la citada circunstancia agravante, en un caso en el que el director de una sucursal bancaria se apropió del dinero que le entregaban sus clientes en lugar de ingresarlo en la caja, amparándose en su condición de director de la sucursal y en la confianza que en él depositaban determinados clientes, muchos familiares de su esposa.

2.10.2. Depósito necesario o miserable

Se recoge en el art. 252, segundo inciso, que señala que *“la pena del tipo básico se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable”*.

En cuanto al concepto de depósito necesario o miserable, la doctrina se remite a los conceptos recogidos en los arts. 1.781 a 1.784 del Código Civil.

Por tanto, son casos de depósito necesario o miserable, según el art. 1781:

“1.º. Cuando se hace el depósito en cumplimiento de una obligación legal.

2.º. Cuando el depósito tiene ocasión por alguna calamidad como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes.

Según el art. 1783 se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones”.

Bajo Fernández, partiendo de que el fundamento de la agravación ha de encontrarse en la especial situación de necesidad que impide al depositante elegir a la persona del depositario, restringe a efectos penales el concepto de “depósito necesario o miserable” a las hipótesis que se contemplan en el art. 1.781. 2.º del Código civil (en contra, Vives Antón).

2.11. Supuestos especiales de apropiación indebida

En los arts. 253 y 254 se regulan dos supuestos especiales de apropiación indebida. Ello se debe a que en estos casos el título en virtud del cual se posee la cosa no puede equipararse a ninguno de los citados en el art. 252, de ahí la necesidad de tipificación expresa.

2.11.1. Apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido

A. Tipo básico (art. 253, primer inciso)

El art. 253 CP indica: *“Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaran de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros”*. Se prevé, por tanto, para este delito una pena más benigna que para la apropiación indebida del tipo básico.

Esta conducta ha de constituir necesariamente una figura delictiva diferente porque no concurren los elementos del hurto ni de la apropiación indebida. Esta conducta no supone una sustracción (no hay traslado de la cosa del ámbito de poder del sujeto pasivo al ámbito de poder patrimonial propio), por lo que no constituye, en puridad, hurto, pero tampoco se puede incluir en la apropiación indebida, pues en la apropiación de un bien perdido faltan algunos de los elementos configuradores del delito de apropiación indebida, como la previa entrega de la cosa o que la obligación

de devolverla sea consecuencia de alguno de los títulos jurídicos contemplados en el art. 252. Por ello la doctrina (Bajo Fernández) indica que estamos ante un figura intermedia entre el hurto y la apropiación indebida que solo es punible en la medida que las legislaciones la tipifiquen y la castiguen.

Por bien perdido ha de entenderse el bien mueble del que accidentalmente está privado su propietario por algún acto que lo pone fuera de su alcance. Al bien perdido se equipara la cosa de dueño desconocido.

La jurisprudencia incluye en este delito (o falta) el apoderamiento del total del tesoro oculto y descubierto en propiedad ajena (art. 351 CC) por quien se lo encuentra.

No son cosas perdidas:

1.-Las *res nullius* (por ejemplo, los animales salvajes), que no pertenecen a nadie, que no tienen dueño y son susceptibles de ocupación por cualquier persona.

2.-Las cosas abandonadas, que suponen una dejación del dominio por un acto voluntario del dueño, pudiendo ser adquiridas también por cualquier persona. Para determinar si se trata de una cosa “perdida” o “abandonada” se puede atender al valor del objeto.

La mayoría de la doctrina excluye del concepto de cosa perdida a las cosas olvidadas, puesto que, aun en paradero desconocido, siguen dentro de la esfera de guarda y custodia del propietario, pudiendo ser recuperadas cuando recuerde donde se encuentra. Sin embargo, este sector doctrinal considera que su apropiación puede constituir un delito o falta de hurto. Por el contrario, González Rus, a mi juicio con razón, incluye dentro de las cosas perdidas a las cosas olvidadas.

El delito se consuma cuando el sujeto activo que se encuentra la cosa perdida se apropia de ella, esto es, realiza un acto de disposición que suponga el ejercicio de facultades dominicales, evidenciando la voluntad de comportarse como dueño de la cosa. No es suficiente con que el sujeto activo incumpla los deberes civiles que impone el art. 615 del Código civil en los casos de cosas perdidas (estos deberes son la entrega de la cosa a su propietario si le conoce y, en caso contrario, la consignación ante el Alcalde). El art. 615 del Código civil indica: *"El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo. El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos. Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio. Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor, al que la hubiese hallado. Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, a satisfacer los gastos"*.

Por lo que se refiere al dolo, la doctrina exige que el sujeto activo sepa que la cosa está perdida y que tiene un propietario, cuyo nombre, sin embargo, es indiferente que conozca o no. Por otra parte, se exige expresamente en la descripción típica el ánimo de lucro.

B. Subtipo agravado (253, segundo inciso)

En el mismo art. 253, al final, se describe un subtipo agravado para los casos en que las cosas apropiadas tengan un valor artístico, histórico, cultural o científico. La pena será en este caso la de prisión de seis meses a dos años.

2.11.2. Apropiación de cosa transmitida o recibida por error

El art. 254 indica: "*Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros*".

El sujeto activo tiene que negar haber recibido el dinero o alguna otra cosa mueble que no tiene derecho a recibir o, bien comprobado el error, no proceder a su devolución.

Es necesario que el dinero o alguna otra cosa mueble entregado por el sujeto pasivo y recibido por el sujeto activo sea algo indebido para éste. Ello ocurrirá cuando el sujeto activo haya recibido la cosa por error del sujeto pasivo. Sin embargo, también puede darse el delito cuando el error lo cometa un tercero. Por ejemplo, el cartero o mensajero que entrega un paquete o una carta en la dirección equivocada o el banco que ingresa en una cuenta la cantidad que debería haber ingresado en otra.

Ejemplos: a) El comprador que acude a una tienda y compra un objeto y paga el precio, pero recibe por un error del vendedor un cambio superior, o recibe un cambio que en realidad no se tendría que haber producido. El comprador silencia al vendedor que le está entregando un cambio superior al debido o un cambio que no se tendría que haber producido y que, por tanto, también, es indebido; b) El comprador al pagar el precio al vendedor por una compra valorada en 100 euros entrega por error al vendedor un billete de 500 euros, y éste silencia este hecho. En estos casos no estamos ante una auténtica apropiación indebida, pues el sujeto activo aunque recibe el dinero o alguna otra cosa mueble, no lo recibe por ninguno de los títulos recogidos en el art. 252, de ahí que sea conveniente su regulación expresa para obviar dificultades.

3. El delito de administración fraudulenta

La cuestión principal que plantea actualmente la interpretación del delito de apropiación indebida es si dentro del art. 252 se contiene un único delito (la apropiación indebida) o, por el contrario, como propone una parte de la doctrina (Sánchez-Vera, Silva Castaño, Mayo Calderón) y de la jurisprudencia, se recogen dos tipos delictivos distintos, que tienen una diferente naturaleza: la apropiación indebida y la administración fraudulenta.

El citado sector doctrinal considera que el apoyo legal de este criterio se encontraría en la utilización por el legislador de los verbos “apropiarse” y “distraer” que serían términos de significado distinto. El primero acoge el tradicional delito de apropiación indebida y el segundo tipificaría el delito de administración desleal del patrimonio ajeno.

La jurisprudencia, a raíz fundamentalmente de la STS de 26 de febrero de 1998 –caso “Argentia Trust”– ha considerado en varias sentencias (SsTS de de 9 de octubre de 2003, 23 de abril de 2004, 26 de febrero de 2009, 6 de octubre de 2009 y

14 de marzo de 2011) que en el art. 252 se contienen dos tipos delictivos de diferente naturaleza:

a) El clásico delito de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio.

b) Un tipo de gestión desleal consistente en la administración fraudulenta del patrimonio ajeno, que no requiere la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo. Basta con que el autor haya dispuesto de los bienes cuya administración le estaba encomendada sin dar ninguna respuesta apropiada y coherente sobre su uso.

Sin embargo, en la STS de 29 de julio de 2002 (“caso Banesto”) y en otras posteriores (STS de 11 de julio de 2005, 17 de julio de 2006, 4 de mayo de 2010) el Tribunal Supremo rechaza la tesis expuesta y considera que en el art. 252 existe un solo delito: la apropiación indebida, caracterizada por la incorporación definitiva del objeto material al patrimonio de quien lo recibió.

En mi opinión, la interpretación correcta es la que realiza el Tribunal Supremo en la STS de 26 de febrero de 1998 –caso “Argentia Trust”– (ya había comenzado a mantener esta opinión en sentencias anteriores, pero en esta afianza los argumentos), puesto que la conducta de administración fraudulenta tiene un contenido de injusto diferente al que tiene conducta de apropiación indebida. En la apropiación indebida lo injusto específico consiste en disponer de la cosa como dueño, siendo solo poseedor. Es decir, en la apropiación indebida el sujeto “no tiene las facultades de disposición que corresponden al propietario”. Por el contrario, lo injusto específico de la administración fraudulenta está constituido por la realización de conductas propias de la esfera de dominio que sobre el patrimonio ajeno tiene el sujeto que ostenta “las mismas facultades de disposición que el propietario”. En la administración fraudulenta el perjuicio patrimonial se produce mediante el abuso de las facultades de disposición que tiene concedidas el administrador, que, de este modo, tiene el más absoluto dominio sobre el bien jurídico patrimonio. El sujeto que tiene las mismas facultades de disposición que el propietario no realiza un acto “ilícito” de incorporación del bien al patrimonio (como sí realiza el autor del delito de apropiación indebida), sino que realiza un acto dominical, en principio, “lícito”, puesto que tiene atribuidas las facultades de vender, comprar, prestar, es decir, tiene atribuidas lícitamente las facultades de disposición que corresponden al propietario.

El delito de administración fraudulenta se consuma cuando se constata el perjuicio patrimonial, que se produce (de acuerdo al concepto personal de patrimonio) cuando el administrador, con ánimo de lucro propio o ajeno, no obtiene el máximo beneficio posible, puesto que este es el fin que ha de perseguir el administrador de un patrimonio ajeno. Así, por ejemplo, existirá perjuicio patrimonial cuando el administrador vende un bien inmueble a una persona (A) a un precio muy inferior al que le hubiera dado otra (B), porque A le paga una comisión.

Por otra parte, en la citada sentencia de 26 de febrero de 1998 el Tribunal Supremo consideró que el delito regulado en el art. 252 junto al tradicional delito de apropiación indebida era un delito de administración fraudulenta “de dinero” ajeno. Sin embargo, en mi opinión, como ya puse de manifiesto en otro lugar (Mayo Calderón, 2005), el objeto de la administración fraudulenta puede ser cualquier bien, también un inmueble (véase el ejemplo del párrafo anterior).

Por último es necesario resolver la relación concursal que se plantea entre este delito de administración fraudulenta contenido en el art. 252 y el delito societario de

administración fraudulenta regulado en el art. 295 CP. Al respecto, la jurisprudencia del TS ha aportado dos interpretaciones distintas:

1) En las sentencias en las que mantiene que el art. 252 se regulan dos delitos de distinta naturaleza (por ejemplo, SsTS de 26 de febrero de 1998, 27 de noviembre de 2001, 29 de septiembre de 2002, 7 de noviembre de 2002, 25 de enero de 2006 y 12 de mayo de 2009), el Tribunal Supremo considera que entre el art. 252 y el 295 existe un concurso de leyes a resolver, por aplicación del principio de alternatividad (art. 8.4ª CP), a favor de la aplicación del delito del art. 252 (que tiene señalada una pena más grave). Esta interpretación vacía de contenido el art. 295, puesto que da lugar a que nunca se aplique.

2) Por el contrario, en las sentencias en las que el Tribunal Supremo considera que en el art. 252 se regula un único delito – el de apropiación indebida – (SsTS de 29 de julio de 2002, 11 de julio de 2005, 17 de julio de 2006, 4 de mayo de 2010), mantiene que entre el art. 252 y el 295 no existe un concurso de leyes, puesto que cada uno tiene su propio ámbito de aplicación. El art. 295 castiga usos temporales ilícitos no apropiatorios capaces de causar un perjuicio al patrimonio administrado, sin ser definitivo el incumplimiento de entregar o devolver, mientras que lo característico del art. 252 radica en la constancia de una auténtica apropiación (es decir, se interpreta el delito del art. 295 como un delito menos grave que el de apropiación indebida del art. 252). En las citadas sentencias el TS ha mantenido que en el art. 295 se castiga la administración desleal que consiste en la obtención de alguna utilidad o ventaja patrimonial por el administrador, causando un perjuicio a la sociedad, pero sin apropiarse de ningún elemento patrimonial de la misma, pues cuando eso ocurre el delito que debe aplicarse es el de la apropiación indebida.

Esta segunda interpretación dota de contenido al art. 295 pero, en mi opinión, no es admisible, puesto que, desde el punto de vista del principio de intervención mínima, estas conductas que el TS reconduce al art. 252 no deben ser objeto de sanción por el Derecho penal (como ya hemos visto, el legislador solo castiga la “apropiación indebida de uso” cuando el objeto material es un vehículo a motor o ciclomotor y la pena establecida por el legislador en el art. 244 es muy inferior a la señalada por el art. 295, lo que puede poner de relieve que el legislador no ha querido tutelar la misma conducta). Por otra parte, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de la pena, la gravedad de la pena señalada en el artículo 295 no se corresponde con el contenido de injusto de conductas que suponen un abuso de las facultades de administración, que deberían quedar en el ámbito del Derecho civil o mercantil.

Con base en esta segunda interpretación, que no comparto, la jurisprudencia ha aplicado el art. 295 en muy pocos supuestos, puesto que, cuando se trata de conductas verdaderamente graves, respecto a las cuales no hay duda de que el Derecho penal tiene que intervenir, aplica el art. 252. Así, por ejemplo, ha aplicado el art. 295 en un supuesto en el que el sujeto activo cede el derecho de opción de compra del que es titular la sociedad, por el precio de una peseta, el día antes de ser cesado como administrador (SAP de Zaragoza de 28 de abril de 2009) o utiliza maquinaria de la sociedad en exclusivo provecho personal (SAP de Murcia de 13 de diciembre de 2010). Por el contrario, aplica el art. 252 (STS de 1 de diciembre de 2011) en el siguiente supuesto: el acusado, administrador de una sociedad limitada, da una señal de 6000 euros para la compra de un inmueble que luego no lleva a efecto. Los vendedores del inmueble se quedan la señal y luego venden el inmueble a una sociedad de la que era administradora única la esposa del acusado.

En mi opinión, el delito regulado en el art. 295 tiene un contenido distinto al del art. 252, pero no es el que le atribuye el Tribunal Supremo en la citada línea jurisprudencial. Mientras que el art. 252 se protege el patrimonio, el art. 295 protege un bien jurídico colectivo (la permanencia de la sociedad en el tráfico jurídico) que debe tutelarse en el ámbito de determinadas sociedades mercantiles: las sociedades anónimas cotizadas, las entidades de crédito y las entidades aseguradoras. Ello permite, *de lege lata*, aplicar un concurso ideal de delitos entre ambos preceptos. *De lege ferenda*, lo correcto sería introducir un tipo específico de administración fraudulenta para el ámbito de las citadas entidades (con una redacción más adecuada que la que tiene ahora el art. 295) que debería ser castigado con una pena mayor que la asignada al delito de administración fraudulenta genérico que se regula en el art. 252. Entre ambos delitos existiría un concurso de leyes a resolver, por el principio de especialidad, a favor del delito societario de administración fraudulenta. A través de este tipo delictivo se deberían castigar las conductas de vaciamiento patrimonial de las citadas sociedades por parte de sus administradores. Por ejemplo: vender un bien de la sociedad a un precio muy inferior al de mercado a una empresa vinculada con el administrador o comprar un inmueble a un precio muy superior al de mercado a una empresa vinculada con el administrador.

LECCIÓN 23*

TRÁFICO DE DROGAS

I. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos relativos al tráfico de drogas se encuentran regulados en el Capítulo III (*De los delitos contra la salud pública*) del Título XVII (*De los delitos contra la seguridad colectiva*), en los arts. 368 y ss. del CP. Nuestro texto penal castiga las conductas relacionadas con el tráfico de drogas muy ampliamente, a veces de forma desmesurada, lo cual no ha servido para evitar un incremento constante del tráfico de estas sustancias (con el consiguiente aumento de las incautaciones y de los procesos penales), muestra evidente de que el método represivo tal y como hoy se concibe ha sido un fracaso.

La figura central de la regulación de los delitos de tráfico de drogas es la contenida en el párrafo primero del art. 368 del CP (tipo básico). Esta figura sirve de base al tipo atenuado del párrafo segundo del art. 368 del CP y a los tipos agravados del art. 369 —cuya pena de prisión es la superior en grado a la señalada en el art. 368— y del art. 370 —que castiga los supuestos en él recogidos con la pena de prisión superior en uno o dos grados a la del tipo básico—. Junto a estos tipos agravados, el art. 369 bis prevé asimismo un considerable aumento de la pena para cuando los hechos descritos en el art. 368 del CP se realicen por quienes pertenezcan a una organización delictiva. Además del tráfico de drogas, se tipifica en el art. 371 el, denominado por la doctrina, tráfico de precursores (figura que no estudiaremos). Y ya teniendo como referencia tanto el tráfico de drogas como el tráfico de precursores, se prevén penas de inhabilitación para determinados sujetos (art. 372), se castigan la provocación, la conspiración y la proposición (art. 373), se regula de forma específica y sumamente farragosa la consecuencia accesoria del comiso (art. 374) y se faculta a jueces y tribunales para bajar la pena correspondiente uno o dos grados cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaborado con las autoridades en la evitación de nuevos delitos, o cuando el reo, drogodependiente en el momento de los hechos, acredita la finalización con éxito de un tratamiento de deshabituación (art. 376), entre otras disposiciones.

Hay un cierto consenso en doctrina y jurisprudencia respecto a que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la *salud pública*, entendida esta como el conjunto de condiciones que posibilitan la salud individual de las personas. Es un bien jurídico colectivo, distinto del bien jurídico salud individual y con sustantividad propia, aunque vinculado teleológicamente con este último, que le sirve de referencia y al que complementa. Para poner en peligro el bien jurídico salud pública es necesario, en primer lugar, que exista la posibilidad de que la droga llegue al alcance de los consumidores, esto es, que exista el riesgo de su difusión entre inconcretos consumidores, y, en segundo lugar, que la sustancia, por su naturaleza y cantidad, sea idónea para afectar gravemente la salud individual (un comportamiento no puede poner en peligro la salud pública si no tiene capacidad para dañar la salud individual) (STS de 16 de junio de 2003).

* Jorge Vizueta Fernández

II. TIPO BÁSICO

Dispone el párrafo primero del art. 368 del CP que “*los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos*”.

1. Tipo objetivo

1.1. Objeto de la acción: drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

El objeto de la acción está descrito con los términos *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*. Los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas son asimismo drogas, de modo que, a los efectos del tipo del art. 368 del CP, lo que resulta relevante es determinar qué ha de entenderse por *droga tóxica*.

Un sector de la doctrina construye, en el ámbito de los delitos en estudio, un concepto penal autónomo de droga. Y así se ha defendido que «se puede entender por droga la sustancia, natural o sintética, cuya consumición repetida, en dosis diversas, provoca en las personas: 1.º el deseo abrumador o necesidad de continuar consumiéndola (*dependencia psíquica*), 2.º la tendencia a aumentar la dosis (*tolerancia*) y 3.º la *dependencia física* u orgánica de los efectos de la sustancia, que hace verdaderamente necesario su uso prolongado para evitar el síndrome de abstinencia» (Muñoz Conde). No obstante, un concepto así abarca sustancias cuyo consumo y tráfico es legal, como el alcohol y el tabaco. Por ello nos parece más correcta la postura de un amplio sector doctrinal y de la jurisprudencia que consideran estupefacientes o sustancias psicotrópicas (esto es, drogas) los productos contenidos en las Listas de los Convenios de Nueva York de 1961 y de Viena de 1971 (ratificados por España), periódicamente actualizadas. De acuerdo con ello, solo puede considerarse droga a los efectos del art. 368 del CP aquellas sustancias incluidas en las mencionadas Listas. Ahora bien, este último precepto se refiere a *drogas tóxicas*, mención esta que, si bien no permite excluir ningún tipo de sustancia de las recogidas en aquellas Listas, sí posibilita negar la tipicidad cuando la sustancia, por su cantidad o por su desnaturalización, no sea tóxica, esto es, no sea capaz de producir un efecto dañino en la salud (Manjón-Cabeza).

El art. 368, párrafo primero, del CP prevé distintas penas en función de si la droga causa o no un grave daño a la salud. Por ello es importante diferenciar las drogas que causan un grave daño a la salud, de las que no provocan ese efecto (drogas duras y drogas blandas). El TS, de acuerdo con los protocolos internacionales, ha elaborado los siguientes criterios generales que sirven de guía para una tal delimitación: 1.º capacidad lesiva para la salud individual, 2.º nivel de dependencia física (posibilidad de provocar el síndrome de abstinencia) y/o psíquica (necesidad de seguir consumiendo) que provoca en el consumidor, 3.º grado de tolerancia (necesidad de aumentar la dosis para conseguir el mismo efecto), y 4.º número de fallecimientos que provoca su intoxicación (STS de 18 de marzo de

2004). Teniendo en cuenta estos criterios se consideran drogas que causan grave daño a la salud, entre otras, la heroína, la morfina, la metadona, la cocaína, el LSD y las drogas de síntesis (MDMA o éxtasis, MDA o píldora del amor, MDEA o Eva). Se incluyen entre las drogas que no causan grave daño a la salud los derivados del cannabis (mariguana, hachís), el Tranquimazín, el Tranxilium, el Rivotril y, con alguna duda inicial, el Rohipnol (hipnótico).

1.2. Conductas típicas

El legislador ha descrito las acciones típicas con enorme amplitud, lo que ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina por vulnerar principios tan importantes como el de legalidad y el de seguridad jurídica. Todas las conductas típicas tienen en común que promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas (esto es, que contribuyen a la difusión de dicho consumo), bien a través de actos expresamente recogidos en el tipo —cultivar, elaborar, traficar o poseer—, o bien de cualquier otro modo. Estas conductas para que sean típicas tienen que ir dirigidas a un consumo ilegal, esto es, a un consumo no autorizado (sobre uso y consumo autorizado hay que tener en cuenta la correspondiente legislación administrativa —Ley 17/1967 y RD 2829/77—). El autoconsumo —aunque administrativamente prohibido (con carácter general) y, en algunos casos, sancionado (art. 25 de la Ley 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana)—, es penalmente atípico, pues no pone en peligro el bien jurídico salud pública al no haber riesgo de difusión entre inconcretos consumidores. Por tanto, a los efectos del art. 368 del CP por *consumo ilegal* hay que entender el consumo no autorizado de terceras personas. De todo ello se deduce que el cultivo, elaboración, adquisición o posesión de droga dirigida al autoconsumo son conductas atípicas.

Vamos a detenernos ahora, aunque sea brevemente, en las distintas conductas descritas en el tipo, y en los concretos comportamientos abarcados por ellas:

1. Actos de cultivo, elaboración o tráfico

Por actos de *cultivo* hay que entender la siembra/plantación y el cuidado de la planta de la que puede obtenerse la droga (por ejemplo, adormidera, arbusto de coca o planta de cannabis: SAP de Valencia, sección 5.^a, de 12 de noviembre de 2008 y SAP de Granada, sección 1.^a, de 22 de diciembre de 2009). Son atípicos los cultivos destinados al autoconsumo (cuando el número de plantas es pequeño o de varios consumidores: SAP de las Palmas, sección 1.^a, de 22 de febrero de 2007 y SAP de Madrid, sección 4.^a, de 18 de octubre de 2010) o con fines distintos al consumo ilegal (investigación, por ejemplo).

La *elaboración* abarca los actos encaminados a la transformación de una materia en otro producto que constituya droga. A diferencia del cultivo, la elaboración se refiere a cualquier tipo de droga, natural o sintética (SAP de Las Palmas, sección 1.^a, de 22 de mayo de 2006: transformación de clorhidrato de cocaína en cocaína base, conocido como crack). La transformación puede ser sencilla (como ocurre con los derivados del cannabis) o compleja (transformación de la adormidera en heroína). Es atípica, como se ha dicho, la elaboración destinada al autoconsumo (secado y prensado de una planta de mariguana para consumo propio) y la que no está dirigida al consumo ilegal.

El *tráfico* abarca, según opinión dominante, cualquier acto que suponga la transmisión (expansión) de la droga a terceras personas (venta —supuestos más frecuentes: SAP de Las Palmas, sección 6.^a, de 21 de julio de 2011—,

permuta, donación). Algún autor restringe el concepto de tráfico a los actos de entrega a cambio de una contraprestación económica, lo que excluye del tráfico los supuestos de donación. No obstante, aunque se siguiera esta última postura, la donación quedaría abarcada por el verbo típico *favorecer*.

2. *Promover, favorecer y facilitar el consumo ilegal de otro modo*

Ya nos hemos referido a la amplitud con que el legislador ha descrito las conductas del art. 368 del CP. Buena muestra de ello son estos verbos típicos —promover, favorecer y facilitar— que acogen actos muy variados como transportar la droga (SAP de Zaragoza, sección 3.^a, de 2 de junio de 2011), organizar y dar cobertura a las operaciones (STS de 15 de junio de 2010), actuar de enlace entre traficantes, facilitar el dinero para comprar la droga, proporcionar lugares de almacenamiento (STS de 12 de diciembre de 2010), informar sobre puntos de venta, mediar, vigilar la vivienda donde se produce la venta de la droga (SAP de Valencia, sección 2.^a, de 9 de mayo de 2011), etc. (Manjón-Cabeza). La amplitud de la redacción típica deja poco margen para los supuestos de tentativa (STS de 15 de junio de 2010) y participación (STS de 16 de febrero de 2009). No obstante, se ha considerado complicidad guardar el vehículo utilizado posteriormente para transportar el alijo (SAP de Cádiz, sección 2.^a, de 16 de marzo de 2002), ajustar la frecuencia de la emisora para su conexión por el espacio radioeléctrico con el barco que transportaba la droga (STS de 28 de febrero de 2003) o acompañar al comprador al lugar donde se vende la droga y señalarle al vendedor (SAP de Cádiz, sección 4.^a, de 4 de diciembre de 2008).

3. *Posesión con “aquellos fines”*

Es típica la posesión de la droga *con aquellos fines*, esto es, la posesión con la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal. En doctrina y jurisprudencia se utiliza frecuentemente la expresión *posesión preordenada al tráfico*, que implica una posesión destinada a la difusión de la droga para su consumo ilegal. En consecuencia, como ya se ha dicho, la posesión de la droga para autoconsumo es atípica. Por tanto, la diferencia entre un comportamiento punible y un comportamiento impune se encuentra en la finalidad que persiga el sujeto (elemento subjetivo de lo injusto). Al tratarse de un elemento subjetivo, existen dificultades para probarlo, esto es, para constatar que la droga que se posee está destinada a su difusión para el consumo ilegal. La jurisprudencia ha elaborado un sistema de indicios a partir de los cuales determina si la posesión esta preordenada al tráfico o, por el contrario, está destinada al consumo propio (SsTS de 6 de septiembre de 2011 y 10 de noviembre de 2011). Son indicios utilizados en la determinación del ánimo de traficar:

- a) Cantidad de droga poseída: es este uno de los criterios básicos para probar el destino de la droga. Debe valorarse la clase de droga, su calidad y pureza, el grado de adicción del poseedor (consumidor habitual u ocasional), etc. Como baremo orientativo, que ha de interpretarse de manera flexible, se considera que la cantidad apropiada para el autoconsumo no debe superar la dosis diaria multiplicada por cinco (por ejemplo, 50 gramos de hachís, 3 gramos de heroína y entre 7,5 y 13 gramos de cocaína). Cuando la cantidad intervenida supera con creces estas cantidades, es suficiente con

este indicio para probar que la posesión está preordenada al tráfico. Cuando se trata de cantidades no muy elevadas, doctrina y jurisprudencia exigen la concurrencia de más indicios.

b) Que el poseedor no sea adicto o consumidor de la sustancia intervenida (STS de 1 de junio de 2011). Es otro de los criterios básicos. Si el sujeto que posee la droga no es consumidor, se consideran preordenadas al tráfico cantidades de droga muy por debajo del criterio orientativo al que hemos hecho referencia.

c) Posesión de utensilios (balanzas de precisión) o sustancias idóneas para *cortar* la droga (STS de 6 de septiembre de 2011).

d) Posesión de distintas clases de droga (STS de 24 de junio de 2011: heroína, cocaína, hachís y pastillas con efectos psicotrópicos).

e) Posesión de importantes sumas de dinero que no responden a una actividad lícita.

f) Falta de capacidad adquisitiva del poseedor en relación con el valor de la droga (STS de 10 de noviembre de 2011).

g) Comportamiento del sujeto al producirse la ocupación (intentar escaparse u ocultarse).

h) Ocultación de la droga.

2. Tipo subjetivo

El tráfico de drogas es un delito claramente doloso. El dolo debe abarcar, como sabemos, todos los elementos objetivos del tipo (fundamentalmente que la sustancia objeto de la acción típica es una droga). Así, por ejemplo, si el sujeto desconoce que lo que transporta en su maleta es un kilo de cocaína, actuará con un error de tipo, que en caso de ser vencible será también impune, pues no se castiga la modalidad imprudente. Además del dolo, es preciso, como ya hemos visto, que el sujeto realice la acción típica, por ejemplo el cultivo de la droga o su posesión, con la finalidad de que llegue al alcance de terceras personas para su consumo ilegal (elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo).

3. Supuestos de atipicidad

Además de los supuestos de atipicidad que ya hemos tratado (fundamentalmente cultivo, elaboración, adquisición o posesión de droga dirigida al autoconsumo) existen otros casos en los que queda excluida la tipicidad de la conducta. Analicemos algunos de ellos:

3.1. Consumo compartido

Nos referimos a aquellos casos en los que, de entre un grupo de amigos que ponen a escote una cantidad de dinero, una persona se encarga de comprar droga para consumirla entre todos. Debemos determinar si la posesión de toda la droga por tal persona y su posterior distribución a todos los amigos son o no conductas típicas con arreglo al art. 368 de CP. El TS considera atípicos estos supuestos siempre que concurren una serie de requisitos que recopila, además de en otras muchas sentencias, en la de 26 de mayo de 2011:

- “a) En primer lugar, los destinatarios del consumo han de ser ya todos ellos adictos o, al menos, consumidores frecuentes, para excluir la reproducible finalidad de divulgación y ampliación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud a personas hasta ese momento ajenas al mismo.
- b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, en todo caso, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, de nuevo la divulgación de tan perjudicial práctica.
- c) La cantidad ha de ser "insignificante" o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.
- d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública.
- e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar.
- f) Debe tratarse de una previsión de consumo inmediato, previamente planificado de forma concreta o muy próximo en el tiempo al acto de posesión de las sustancias por parte del acusado, a fin de evitar eventuales alteraciones posteriores en su originario destino”.

Deben considerarse también atípicas las invitaciones entre consumidores por solidaridad o cortesía (pasarle a otro el canuto, invitar a una raya de coca, etc.). En estos casos tampoco existe riesgo de difusión entre inconcretos consumidores, por lo que no se pone en peligro el bien jurídico salud pública.

3.2. Venta de una pequeña cantidad de droga: la dosis mínima psicoactiva

El TS considera atípica la venta de cantidades de droga que no superan la llamada dosis mínima psicoactiva, entendiéndose por tal la cantidad que tiene *algún efecto* en el organismo humano (STS de 18 de mayo de 2010). El TS toma como referencia un Informe del Instituto Nacional de Toxicología (número 12691/03, de 22 de diciembre de 2003) en el que se determina, entre otras cosas, la dosis mínima psicoactiva de 29 sustancias de abuso. Así, por ejemplo, la dosis mínima psicoactiva de la heroína se cifra en 0,66 miligramos, la de la cocaína en 50 miligramos y la del hachís en 10 miligramos de THC (que en un posterior Informe, debido a las críticas, se eleva a 100 miligramos, aunque esta última cantidad no suele ser tenida en cuenta por el TS). Estas cantidades se refieren al principio activo de la sustancia (cantidad neta de droga), con exclusión de otros componentes con los que se haya podido mezclar o adulterar la droga. En definitiva, para el TS es atípica la venta de una cantidad de droga por debajo de estas cantidades. Esta postura, que el TS mantiene de forma mayoritaria desde el año 2003, supuso un importante cambio de opinión, pues hasta entonces el límite de la tipicidad se solía fijar en la dosis de abuso (cantidad esta superior a la dosis mínima psicoactiva). Con este desacertado cambio de tendencia, se consiguió aumentar todavía más el ámbito de las conductas típicas.

3.3. Entregas compasivas

Las llamadas *entregas compasivas* engloban supuestos en los que un sujeto entrega a un familiar o allegado una cantidad de droga para evitarle el síndrome de abstinencia (los casos más numerosos son aquellos en los que el destinatario de la

droga se encuentra en un establecimiento penitenciario). El TS exige para considerar atípicas estas entregas los siguientes requisitos (ATS de 12 de septiembre de 2008): 1.º) que la entrega la lleve a cabo un familiar o allegado del destinatario, 2.º) que la cantidad de droga suministrada sea pequeña (las cantidades varían de unas a otras sentencias, dependiendo de las circunstancias del caso concreto: una o varias dosis de consumo), 3.º) que la entrega se dirija a aliviar el síndrome de abstinencia del destinatario y no se exija precio o contraprestación (fin altruista, de ahí el adjetivo *compasiva*), y 4.) que no exista riesgo de transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada, exigiéndose a veces el consumo inmediato en presencia del suministrador. Si concurren estos requisitos, estima el TS que no se pone en peligro abstracto el bien jurídico salud pública (STS de 28 de junio de 2004).

4. Penalidad

El art. 368, párrafo primero, del CP, como hemos visto, prevé distintas penas en función de la nocividad de la droga: *“prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos”*.

Para determinar la cuantía de la pena de multa (multa proporcional), y, por tanto, para poder imponerla, es necesario fijar el valor de la droga (el valor de la droga debe aparecer entre los hechos probados). Al respecto, establece el art. 377 del CP que *“el valor de la droga objeto del delito (...) será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”*.

III. TIPO ATENUADO DEL ART. 368, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CP

Dispone el párrafo segundo del art. 368 del CP que *“no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”*.

La incorporación de este tipo atenuado a nuestro CP a través de la LO 5/2010 encuentra su explicación en las críticas de la doctrina a la dureza con que se castigaban, antes de la reforma, los supuestos de venta de pequeñas cantidades de droga (menudeo) realizadas con la finalidad primordial de financiar el autoconsumo. En efecto, antes de entrar en vigor la LO 5/2010, la venta de una dosis de, por ejemplo, cocaína o heroína se castigaba a través del tipo básico del art. 368 del CP, que preveía, además de la multa, una pena de prisión de tres a nueve años, pena esta que se consideraba desproporcionada. La misma Sala Segunda del TS, en Acuerdo no jurisdiccional adoptado el 25 de octubre de 2005, aprueba proponer al Gobierno la siguiente alternativa: *«modificar la redacción del actual artículo 368 (...), añadiendo que cuando se trate de cantidades módicas las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño»*; o *«añadir un segundo párrafo al actual artículo 368 CP con el siguiente texto “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en*

grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”». Como se ve, el legislador ha atendido a esta última propuesta.

Los tribunales deberán tener en cuenta para aplicar este tipo atenuado *la entidad del hecho* (venta de poca cantidad de droga: una o varias dosis) y las *circunstancias personales del culpable* (sujetos que trafican para poder consumir, penuria económica, marginalidad). Dispone la STS de 19 de mayo de 2011 que “*la aplicación jurisprudencial que viene efectuándose de este tipo privilegiado, desde la doble perspectiva contemplada en el tipo: escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable, se ha traducido en supuestos que se refieran a ‘venta al menudeo’, es decir, el último eslabón de la red clandestina de venta, efectuado normalmente por drogodelinquentes, es decir, por persona que financia su toxicomanía con la venta de papelinas, requisito este último que no puede estimarse de concurrencia inexcusable*”. Aunque a veces el autor del delito es un adicto (STS de 22 de marzo de 2011), el TS no ha exigido este extremo para aplicar este tipo atenuado en la venta de una o varias papelinas, normalmente de cocaína (SsTS de 6 de abril de 2011 y 10 de noviembre de 2011).

El propio párrafo segundo del art. 368 excluye su aplicación a los casos en que concurra alguna de las circunstancias contenidas en los arts. 369 bis y 370. Queda abierta, por tanto, la posibilidad de aplicar la atenuación en los supuestos agravados contenidos en el art. 369 del CP.

La pena prevista para este tipo atenuado es la inferior en grado a las señaladas en el párrafo primero del art. 368 del CP.

IV. TIPOS AGRAVADOS DEL ART. 369 DEL CP

La concurrencia de alguno de los supuestos recogidos en el art. 369 del CP da lugar a la imposición de penas más elevadas. En concreto, y por lo que respecta a la pena de prisión, las superiores en un grado a las previstas en el art. 368, y por lo que se refiere a la pena patrimonial, la multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito. Los supuestos que llevan aparejadas estas penas son los siguientes:

1. “*El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio*”

La agravación no se aplica por el mero hecho de que el culpable sea autoridad, funcionario público, facultativo (sobre lo que debe entenderse por tal, véase el art. 372, párrafo segundo), trabajador social, docente o educador. Es preciso que el ejercicio de su cargo o de su profesión u oficio haya favorecido la comisión del delito, esto es, que el sujeto se haya aprovechado de tal ejercicio para facilitar la ejecución del tráfico de drogas (STS de 27 de abril de 2010). El fundamento de la agravación descansa, por tanto, en una mayor gravedad de lo injusto, en concreto, en un mayor desvalor de la acción. A estos sujetos, además de las penas de prisión y multa ya indicadas, les corresponden las penas de inhabilitación especial o absoluta contenidas en el art. 372 del CP.

2. “*El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito*”

De lamentable o absurda ha tachado la doctrina la redacción de este supuesto. Y no es para menos. Aunque el legislador se refiere únicamente a *actividades*

organizadas, debe entenderse que se trata de actividades *delictivas* organizadas. Por tanto, este tipo agravado debe aplicarse cuando el culpable participa en otras actividades delictivas organizadas (por ejemplo, tráfico de armas, inmigración ilegal, etc.) o en los casos en que el tráfico de drogas facilita la ejecución de otras actividades ilícitas (Circular 2/2005 de la FGE).

3. *“Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”*

El fundamento de la agravación reside en *“el incremento del peligro para el bien jurídico, puesto que pone al alcance del consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento abierto al público, en cuanto responsable o empleado del mismo, y de la presencia indiscriminada de clientes en aquél para proceder a la ejecución de los actos de tráfico”* (STS de 14 de septiembre de 2011). Este tipo agravado delimita no solo el lugar de realización del delito (establecimientos abiertos al público), sino también el sujeto activo de la conducta (responsable o empleado del establecimiento abierto al público). Establecimiento abierto al público es aquel que permite la entrada a un número indeterminado de personas (bares, discotecas, tiendas de *todo a cien* —STS de 14 de septiembre de 2011—). Quedan excluidos, por tanto, aquellos establecimientos que no permiten la entrada al público en general, sino solo a socios o invitados concretos. Debe rechazarse la aplicación de este tipo agravado en los supuestos en que el delito se comete cuando el establecimiento está cerrado, así como en los casos en que, aun estando abierto al público, la conducta típica se lleva a cabo en zonas del local a las que no tiene acceso el público en general, como la cocina o el almacén. Por otro lado, como se ha dicho, sujeto activo de este tipo agravado es el responsable o empleado del establecimiento abierto al público, por lo que no es posible aplicarlo a terceros ajenos al local (clientes) que trafican con droga en su interior. La jurisprudencia no ha aplicado la agravación cuando la droga se deposita en el local con la finalidad de traficar con ella fuera de él (STS de 27 de mayo de 2011), ni cuando se trata de un acto aislado de tráfico de poca entidad (por ejemplo, una única venta) (STS de 17 de marzo de 2011).

4. *“Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación”*

Esta agravación tiene su razón de ser en la especial vulnerabilidad de los sujetos a quienes se proporciona la droga por su nula o escasa capacidad de autodeterminación en relación con el consumo de esta sustancia. La conducta castigada por este tipo agravado es la de *facilitar* la droga a estas personas, esto es, la entrega material de la sustancia para su consumo. Quedan, por tanto, fuera de este tipo conductas como el préstamo de dinero a alguno de estos sujetos para comprar droga o la mera inducción a su consumo sin entrega de la sustancia. En atención al fundamento de la agravación, disminuido psíquico será aquel que sufre una anomalía o alteración psíquica que anula o disminuye seriamente su capacidad para comprender el hecho del consumo de drogas y sus consecuencias. Por lo que respecta a las personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación, es preciso que el sujeto reciba la sustancia durante el tratamiento, que ha de ser llevado a cabo por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado. El desconocimiento

del sujeto activo de que la droga la está facilitando a uno de estos sujetos, impide la aplicación de este tipo agravado (art. 14.2 del CP) (STS de 19 de mayo de 2006).

5. *“Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”*

La inseguridad jurídica que produjo la disparidad de criterios utilizados por la jurisprudencia en la interpretación del elemento *cantidad de notoria importancia*, motivó el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 19 de octubre de 2001, donde se establece que *“la cantidad de notoria importancia se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001”*, cantidad que ha de medirse teniendo *“exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es, reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados”*. El propio acuerdo ofrece un cuadro de numerosas sustancias junto a las que se expresa, entre otras cosas, qué cantidad debe ser considerada de notoria importancia. Y así, por ejemplo, se tiene por cantidad de notoria importancia 300 gramos de heroína, 750 gramos de cocaína (STS de 4 de noviembre de 2010), 2,5 kilos de hachís, 10 kilos de mariguana o 240 gramos de éxtasis. Tal como expresa el citado acuerdo, estas cantidades, en los derivados del cannabis (mariguana, hachís y aceite de hachís), se refieren con carácter general al peso bruto de lo incautado, y en el resto de las sustancias, al peso del principio activo contenido en la droga aprehendida. Cuanto más elevada es la cantidad de droga sobre la que recaen las conductas típicas, mayor es el número de los potenciales consumidores, y, por tanto, más elevado el riesgo para la salud pública. Aquí reside el fundamento de la agravación.

6. *“Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud”*

Este tipo agravado acoge aquellas conductas de adulteración, manipulación o mezcla de las drogas que dan lugar a productos más nocivos que los originales para la salud de los potenciales consumidores. Por ello, las manipulaciones, adulteraciones o mezclas de la droga con sustancias que disminuyen o no aumentan la nocividad del producto final quedan extramuros de este tipo agravado (por ejemplo, mezclar cocaína con maicena, azúcar o bicarbonato, con la finalidad de aumentar la cantidad con la que se va a traficar). Tampoco podrá aplicarse esta agravación cuando la droga se presenta con un elevado grado de pureza, pues, aunque se trata de un producto con una mayor nocividad para la salud, no se trata de una adulteración, manipulación o mezcla. Se discute en la doctrina si este tipo agravado ha de aplicarse únicamente a quien realiza la adulteración, manipulación o mezcla, o también al que interviene en el proceso en un momento posterior, por ejemplo vendiendo la droga adulterada con conocimiento de esta circunstancia. Aunque el tenor literal del precepto parece excluir este segundo grupo de supuestos, hay autores que lo incluyen en la agravación.

Se trata de un tipo agravado muy poco aplicado por la jurisprudencia. La SAP de Valencia, sección 3.^a, de 26 de noviembre de 2002, aprecia la agravación a quien mezcla la cocaína con un producto antidiarreico conocido por lactofilus (en sentido contrario, sin embargo, la SAP de Valencia, sección 3.^a, de 23 de septiembre de 2005). No se aprecia, por el contrario, en la mezcla de cocaína

con ketamina, por no constar acreditado un incremento del posible daño a la salud (SAP de Vizcaya, sección 2.^a, de 17 de septiembre de 2010).

7. *“Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades”*

La diversidad de los lugares mencionados en este tipo agravado, así como la disparidad de las personas que en ellos concurren, hace difícil encontrar un fundamento común a esta agravación. Pues no es lo mismo un centro docente de menores de edad o disminuidos psíquicos o un centro de deshabitación o rehabilitación, lugares respecto de los cuales parece primar un fundamento semejante al del número 4 del precepto en estudio (especial vulnerabilidad de los sujetos que se encuentran en estos centros por su nula o escasa capacidad de autodeterminación en relación con el consumo de drogas) (SAP de Madrid, sección 29.^a, de 18 de febrero de 2011), que un centro docente de mayores de edad (universidad) o una unidad militar, en los que parece estar protegiéndose su correcto funcionamiento o el mantenimiento de la disciplina (fundamento este que no justifica la agravación). Por lo que respecta a los establecimientos penitenciarios, la agravación de la pena parece responder a las dos ideas, la vulnerabilidad de gran parte de la población reclusa por su adicción, y los problemas de orden y organización que el tráfico de drogas produce en estos centros.

La agravación abarca también las *proximidades* de los centros o establecimientos enumerados. La Circular 2/2005 de la FGE atiende en la interpretación de este término, no solo a la perspectiva de carácter geográfico, sino al *“elemento finalístico o tendencial consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos”*. La agravación abarca, por tanto, espacios cercanos a los lugares referidos sobre los que se proyecte la razón de la agravación (escasos metros de la puerta de un colegio —SAP de Madrid, sección 29.^a, de 18 de febrero de 2011—; a una distancia de entre cinco y diez metros de la puerta de un dispensario de metadona —STS de 29 de marzo de 2011—).

8. *“El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho”*

La doctrina coincide en afirmar que se trata de una agravación absolutamente innecesaria (prueba de ello es su, hasta el momento, escasísima repercusión práctica), pues los supuestos de empleo de violencia o exhibición o uso de armas en la ejecución de los delitos de tráfico de drogas, muy poco frecuentes por lo demás en la realidad práctica de estos delitos, podrían resolverse a través del correspondiente concurso. La doctrina limita la aplicación de este tipo agravado a la violencia o a la exhibición o uso de armas empleado directamente en la comisión del hecho concreto de tráfico de drogas (Manjón-Cabeza), excluyendo de la agravación la utilización de estos medios en un momento posterior, una vez finalizada la acción delictiva, por ejemplo para dificultar el descubrimiento del delito o la detención del autor (así la Circular 2/2005 de la FGE).

V. TIPOS AGRAVADOS DEL ART. 370 DEL CP

1. Supuestos

Las penas previstas en el art. 370 del CP, a las que luego nos referiremos, se imponen cuando:

1. *“Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos”*

El TS, a partir del Acuerdo del Pleno de su Sala Segunda de 26 de febrero de 2009, realiza una interpretación muy restrictiva de este tipo agravado. Se determina en este Acuerdo que *“el tipo agravado previsto en el art. 370.1 del CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata”*. En este sentido, abarca este tipo agravado los supuestos en los que el sujeto activo se sirve, se aprovecha, a través del empleo de coacción, intimidación o engaño, o prevaleciendo de una situación de superioridad, de un menor de 18 años o de un disminuido psíquico para realizar cualquier conducta típica del delito de tráfico de drogas (transportar la droga, custodiarla, entregarla, etc.). En la línea restrictiva a la que hemos aludido, el TS no aplica este tipo agravado al padre que trafica con drogas junto con su hijo de 17 años, por tener este un protagonismo y casi liderazgo en todo el entramado organizativo (STS de 28 de enero de 2010) o a quien actúa con un menor de 17 años que se encarga de atender por teléfono a los “clientes” y entregarles los “pedidos”, por no ser un supuesto de aprovechamiento del menor por parte del mayor de edad, sino más bien un supuesto de cooperación o acuerdo entre ambas personas (STS de 12 de marzo de 2009). Tampoco aplica la agravación, a pesar de tratarse de un posible supuesto de autoría mediata, al padre que pide a su hijo de 14 años que le acerque una bolsa con droga desde su domicilio hasta el lugar donde se encuentra, con el argumento de que, al no quedar acreditado que el menor conociese el contenido del paquete, no hay constancia del impacto negativo que la condición de porteador podría acarrearle en su proceso de socialización (STS de 9 de febrero de 2011).

2. *“Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369”*

Este tipo agravado es merecedor de los mismos calificativos que el tipo agravado contenido en el art. 369.2.ª del CP, al que se remite. La agravación se aplica cuando la conducta típica es realizada por los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del art. 369, esto es, de organizaciones criminales que realizan otras actividades delictivas distintas del tráfico de drogas. Si la conducta típica es realizada por el jefe, administrador o encargado de una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas, el artículo que debe aplicarse es el 369 bis del CP.

3. *“Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad”*

El propio art. 370 del CP, en su penúltimo párrafo, enumera de forma taxativa los supuestos de extrema gravedad. Y así, se consideran de extrema gravedad los casos en que:

a. La cantidad de la droga exceda notablemente de la considerada como de notoria importancia

El Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008 establece que “*la aplicación de la agravación del art. 370.3 del CP referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia*”. Por tanto, se aplicará este tipo agravado cuando la cantidad de droga objeto del delito supere la cifra que resulta de multiplicar por 1000 la cantidad considerada por el TS como de notoria importancia (véase *supra*, el estudio del art. 369.5.^a del CP). Así, por ejemplo, son cantidades que dan lugar a esta agravación las que superan los 300 kilos de heroína, los 750 kilos de cocaína o los 2500 kilos de hachís (STS de 31 de octubre de 2011).

b. Se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico

Antes de la reforma operada por la LO 5/2010 tan solo se hacía referencia a *buques* y *aeronaves*. El Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 25 de noviembre de 2008 precisó que “*no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de ‘buque’*. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras para efectuar travesías de cierta entidad”. La LO 5/2010, al añadir a los términos *buques* y *aeronaves*, la expresión *embarcaciones*, convierte este Acuerdo en papel mojado. Ahora, las lanchas motoras y las planeadoras, frecuentemente utilizadas en el tráfico de drogas, quedan también abarcadas por este tipo agravado. Sin embargo, no ha de incluirse en la agravación cualquier método de transporte marítimo (una barca, por ejemplo). Como expresa la Circular 3/2011 de la FGE “*se colmará la agravación mediante la utilización de una embarcación que determine una mayor intensidad criminógena y contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad*”.

Los buques, embarcaciones o aeronaves han de ser utilizadas como *medio de transporte específico* de la droga, por lo que no podrá aplicarse este tipo agravado a quien transporta droga en su cuerpo o equipaje utilizando un barco o un avión dedicado al transporte lícito de pasajeros o mercancías (correos de la coca que, con la sustancia introducida en su cuerpo, viajan en avión desde Sudamérica hasta España).

c. Se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas

La razón de la agravación radica, como expresa la Circular 3/2011 de la FGE, “*en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter trasnacional,*

dado que su persecución y descubrimiento resulta, en estos casos, más dificultosa”.

d. Se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades

Este tipo agravado plantea problemas de delimitación con el art. 369 bis. Según un sector de la doctrina, la diferencia se encuentra en que en el tipo agravado en estudio no se exige expresamente la existencia de una organización delictiva de las mencionadas en el art. 369 bis, ni que el sujeto activo pertenezca a tal red internacional, siendo suficiente con que actúe a su amparo (Manjón-Cabeza). Opinión distinta es la de la Circular 3/2011 de la FGE, para la que el concepto de *red internacional dedicada al tráfico de drogas* es asimilable al de *organización criminal* del art. 369 bis, con la diferencia de que aquel se limita a organizaciones que actúan en más de un Estado. Cuando unos mismos hechos queden abarcados por ambos preceptos, deberá aplicarse el que contemple mayor pena (art. 8.4 del CP), que será uno u otro en función del tipo de droga (dura o blanda) y del rango que ocupe el culpable en la organización.

e. Concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369 del CP

2. Penalidad

El art. 370 del CP prevé para los supuestos que acabamos de analizar *la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 del CP* (se refiere únicamente a la del tipo básico). Por tanto, el tribunal elevará la pena obligatoriamente un grado, y facultativamente dos. Sin embargo, alguna de las agravaciones del art. 370 del CP se construye sobre la concurrencia previa de tipos agravados del art. 369, precepto este que ya prevé una pena superior en grado a la del art. 368. Nos referimos, por ejemplo, al caso en que la cantidad de la droga excede notablemente a la considerada como de notoria importancia (supuesto que se construye sobre la base del contenido en el art. 369. 5.^a) o al supuesto en que concurren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369 del CP. En estos casos, por respeto al principio de proporcionalidad, el tribunal debería optar por ascender la pena en dos grados.

En el primer párrafo del art. 370 del CP no se hace referencia expresa (a diferencia del art. 369) a la pena de multa. Tan solo se indica que se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 del CP (tipo básico). Se discute si la *pena superior en uno o dos grados* a la que se refiere el art. 370, es aplicable solo a la pena de prisión, o también a la pena de multa. La cuestión se complica con lo dispuesto en el último párrafo del art. 370, que establece que “*en los supuestos de los anteriores números 2 y 3 se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito*”. Una de las posibles interpretaciones es la siguiente: la *pena superior en uno o dos grados* a la que se refiere el primer párrafo del art. 370 del CP, abarca tanto la pena de prisión como la de multa (Circular 2/2005 de la FGE). Por tanto, en los tres números del art. 370 se deberán subir uno o dos grados las penas de prisión y multa contenidas en el art. 368. Y en los supuestos contenidos en los números 2 y 3 del art. 370, se impondrá, además, una multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

VI. EL ART. 369 BIS

El art. 369 bis, introducido en el CP a través de la LO 5/2010, establece en su párrafo primero que *“cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos. Y en su párrafo segundo dispone que “a los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero”*.

Recoge este precepto una agravación de los hechos contenidos en el art. 368 del CP (en concreto de su párrafo primero, esto es, del tipo básico) para los casos en que el sujeto activo pertenece a una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas. Por lo que se refiere al concepto de organización delictiva hay que estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 570 bis, que define la organización criminal como *“la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos (...)”*.

En opinión de la Circular 3/2011 de la FGE, si además de los elementos contenidos en el art. 369 bis, concurre alguno de los tipos agravados del art. 369 o del art. 370 del CP, habrá un concurso de leyes que deberá resolverse a favor de la opción más gravemente penada (art. 8.4 del CP). Entre el art. 369 bis y el art. 570 bis existe, igualmente, un concurso de leyes, que debe resolverse, según establece el párrafo segundo del apartado 2 del art. 570 quáter, a favor del castigado con mayor pena. Deberán compararse las penas previstas en el art. 369 bis con las que resulten del concurso real del art. 570 bis y el delito de tráfico de drogas que proceda.

El art. 369 bis prevé, asimismo, las penas que corresponden a las personas jurídicas responsables, conforme con lo establecido en el art. 31 bis, de los delitos contenidos en los arts. 368 y 369 del CP.

VII. OTRAS DISPOSICIONES

Entre las distintas disposiciones contenidas en los arts. 372 a 378 del CP, alguna de ellas ya referidas, conviene mencionar las contenidas en el art. 376 del CP. Recoge este precepto dos supuestos de atenuación. El primero, dirigido al sujeto que *“haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”*. Y el segundo, previsto para quien *“siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad”*. En ambos supuestos, los jueces o tribunales pueden imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate.

LECCIÓN 24*

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Los delitos contra la seguridad vial se encuentran regulados en el Capítulo IV, Título XVII (“*De los delitos contra la seguridad colectiva*”), del Libro II del CP, en los arts. 379 a 385 ter. Son varias las reformas operadas en estos delitos desde la entrada en vigor del CP de 1995. La de mayor importancia, sin duda, fue la llevada a cabo a través de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que transformó la rúbrica del capítulo que alberga estos delitos (que pasó a ser *De los delitos contra la seguridad vial*, frente a la anterior que decía *De los delitos contra la seguridad del tráfico*), introdujo nuevos tipos penales y modificó parte de los ya existentes. La LO 5/2010, de 22 de junio, ha vuelto a introducir cambios, aunque de menor calado, que afectan a las consecuencias jurídicas previstas para estos delitos.

Existen en la doctrina diferentes posturas acerca del bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad vial. En nuestra opinión, el objeto de protección común a todas las figuras delictivas contenidas en el Capítulo IV, Título XVII, del Libro II del CP —con la excepción, como veremos, de la regulada en el art. 383— es la seguridad vial, entendida esta como el conjunto de las condiciones mínimas de seguridad necesarias para que la circulación de vehículos a motor y ciclomotores se mantenga dentro de unos parámetros de riesgo asumibles socialmente. Se trata de un bien jurídico colectivo, autónomo, con sustantividad propia, aunque vinculado teleológicamente a bienes jurídicos de carácter personal, como son la vida y la integridad corporal y salud de las personas, a cuyo servicio se encuentra.

En cuanto al lugar de realización de las conductas castigadas por los delitos contra la seguridad vial, deben excluirse, de entrada, aquellos lugares no terrestres por los que pueden transitar vehículos propulsados por un motor, por lo que queda fuera del ámbito de los tipos contenidos en los arts. 379 y ss., por ejemplo, la conducción de una lancha motora o moto náutica con temeridad manifiesta poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de unos bañistas, o el pilotaje bajo los efectos del alcohol de una avioneta o globo dirigible. Otro tanto cabe decir de las líneas férreas (por donde discurren en exclusiva, salvo los pasos a nivel, los trenes) y de las vías, terrenos o lugares cerrados o cercados privados no dedicados al uso común o público, como pueden ser los patios, cocheras, garajes no comunitarios, terrenos vallados o caminos de fincas privadas de uso exclusivo (SAP de Guipúzcoa de 6 de febrero de 2001). Por el contrario, son zonas donde pueden cometerse estos delitos, según opinión unánime en doctrina y jurisprudencia, las vías destinadas al tráfico motorizado (lugares estos donde se cometen la inmensa mayoría de los delitos en estudio), como son las autopistas, autovías, carreteras convencionales, vías urbanas, pistas y caminos abiertos al uso público, etc. Se discute intensamente, sin embargo, si deben o no incluirse entre las zonas aptas para la comisión de los delitos contra la seguridad vial, las vías o espacios abiertos al público no destinados a la circulación de vehículos, como las aceras, calles peatonales, parques o zonas ajardinadas. En contra de un sector doctrinal minoritario, que excluye estos lugares

* Jorge Vizueta Fernández

en relación con todos los delitos contra la seguridad vial, en nuestra opinión, salvo los delitos recogidos en los arts. 379.1 y 385 (que por exigencia típica deben limitarse a vías destinadas a tráfico motorizado), el resto de los delitos contenidos en el Capítulo IV, Título XVII, Libro II del CP, son susceptibles de cometerse en zonas abiertas al público no destinadas a la circulación de vehículos. Por ello, el conductor de un vehículo a motor que circula a gran velocidad por una calle peatonal y pone en concreto peligro la vida o la integridad de una persona (STS de 2 de junio de 1999), y el que circula bajo los efectos del alcohol por una plaza pública excluida del tráfico motorizado (SAP de Asturias de 7 de octubre de 2004), realizan, respectivamente, el tipo del art. 380.1 y el contenido en el art. 379.2 del CP.

II. DELITOS CUYA CONDUCTA TÍPICA CONSISTE EN *CONducir*

1. Elementos comunes

Antes de analizar los elementos propios de cada uno de los delitos contra la seguridad vial que consisten en conducir un vehículo de motor o un ciclomotor, debemos examinar dos cuestiones comunes a todos ellos: la conducta de *conducir* y los conceptos de *vehículo a motor* y *ciclomotor*.

Los delitos contenidos en los arts. 379, 380, 381 y 384 tienen en común que la conducta típica consiste en conducir un vehículo de motor o un ciclomotor, esto es, en manejar los mecanismos de dirección y control de un vehículo de motor o de un ciclomotor con desplazamiento del mismo de un lugar a otro. Se exige, pues, para que haya conducción que el vehículo de motor o ciclomotor recorra un cierto espacio. Por ello, no hay todavía conducción si el sujeto se limita a arrancar el motor del coche sin emprender todavía la marcha. Tampoco hay conducción, en nuestra opinión, aunque esto es más discutible, si el desplazamiento del vehículo de motor o ciclomotor es inapreciable, como ocurre con las maniobras de aparcar o desaparcar. La jurisprudencia se ha mostrado en este punto vacilante, pues hay sentencias en las que tales maniobras son consideradas conducción (SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2005, SAP de Islas Baleares de 25 de julio de 2007 y SAP de Asturias de 7 de junio de 2007), y otras en las que no (SAP de Madrid de 23 de mayo de 2003).

Parte de la doctrina exige para que haya conducción que el desplazamiento del vehículo de motor o ciclomotor se deba a los impulsos del propio motor, lo que supone que este último esté en funcionamiento. En nuestra opinión, la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor no exige necesariamente (aunque ocurra en la mayor parte de los casos) que el motor esté arrancado. También conduce un automóvil quien, en la zona más alta de un puerto, sin arrancarlo, lo pone en punto muerto y lo deja caer por la pendiente manejando sus mecanismos de dirección y control hasta llegar a terreno llano. Si esta conducta se realiza, por ejemplo, bajo la influencia del alcohol, no vemos por qué no ha de castigarse a través del art. 379.2 del CP, pues no se encuentran diferencias sustanciales respecto a igual conducta con el motor en marcha. Supuesto distinto es el de quien empuja un automóvil con el motor apagado utilizando el volante para acercarlo de la calzada a la acera, pues no puede decirse aquí, en rigor, que el sujeto haya conducido un vehículo a motor, sino más bien que lo ha arrastrado (SAP de Madrid de 9 de mayo de 2002 y SAP de Pontevedra de 8 de febrero de 2007).

El instrumento con el que se lleva a cabo la conducta típica de conducir es un *vehículo de motor* o un *ciclomotor*. Los números 7 y 9 del Anexo I de la LTCVMSV recogen sendos conceptos:

“7. *Ciclomotor*: Tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:

a. Vehículo de dos ruedas, provistos de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.

b. Vehículo de tres ruedas, provisto de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.

c. Vehículos de cuatro ruedas cuya masa en vacío sea inferior a 350 kg, excluida la masa de las baterías en el caso de vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción no sea superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada igual o inferior a 50 cm³ para los motores de explosión, o cuya potencia máxima neta sea igual o inferior a 4 kW, para los demás tipos de motores.

(...)

9. *Vehículo de motor*. Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores y los tranvías”.

Estos conceptos recogidos en el citado Anexo, aunque orientativos, no vinculan al intérprete penal en su labor de determinar qué ha de entenderse por vehículo a motor o ciclomotor a los efectos de los tipos en estudio. Esta es la opinión de buena parte de la doctrina, que cree preferible un concepto descriptivo de estos aparatos. Y en este sentido, puede considerarse vehículo a motor (el ciclomotor debe entenderse como una variedad de este) cualquier aparato apto para el transporte de personas o cosas dotado de propulsión mecánica propia. En tal concepto deben incluirse los coches, camiones, autobuses, tractores, motos, etc. Deben excluirse, por el contrario, aquellos vehículos movidos por energía humana o animal, como las bicicletas o los coches tirados por caballos. Aviones, avionetas, motos acuáticas, lanchas motoras, trenes, etc., al transitar por lugares excluidos de la realización de las conductas castigadas por los delitos en estudio, quedan fuera de su ámbito de aplicación. Distinta opinión cabe mantener respecto de los tranvías, ya que, si bien discurren, al igual que los trenes, por raíles, suelen compartir parte de su recorrido con otros vehículos de motor, por lo que se trata de instrumentos susceptibles de lesionar el bien jurídico *seguridad vial*.

2. Delito de conducción con velocidad excesiva

En el apartado 1 del art. 379 del CP se castiga a quien “*condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente*”.

La conducta típica consiste en conducir un vehículo de motor o ciclomotor superando en 60 kilómetros por hora (vías urbanas) o en 80 kilómetros por hora (vías interurbanas) la velocidad máxima permitida en la legislación administrativa. Es necesario, por tanto, acudir a esta última para determinar cuándo nos encontramos ante una vía urbana e interurbana y para fijar la velocidad penalmente relevante en cada caso, lo que convierte al art. 379.1 del CP en una ley penal en blanco.

Vía urbana, de acuerdo con el número 77 del Anexo I de la LTCVMSV, “*es toda vía pública situada dentro de poblado, excepto las travesías*”. Por travesía debe

entenderse (número 65 del mismo Anexo) “*el tramo de carretera que discurre por poblado. No tendrán la consideración de travesías aquellos tramos que dispongan de una alternativa viaria o variante a la cual tiene acceso*”. Y vía interurbana (número 76 del Anexo I de la LTCVMSV) “*es toda vía pública situada fuera de poblado*”.

Los límites máximos de velocidad recogidos en la legislación administrativa se fijan en función del tipo de vía, la clase de vehículo y la condición del conductor (véanse fundamentalmente los arts. 45 a 52 del RGC). Y así, sin pretender ser exhaustivos, la velocidad máxima en vías urbanas y travesías, con carácter general, es de 50 kilómetros por hora, salvo para los vehículos que transporten mercancías peligrosas, que circularán como máximo a 40 kilómetros por hora. Tales límites pueden ser modificados, al alza o a la baja, a través de la correspondiente señalización (art. 50 del RGC). Y por lo que se refiere a los límites máximos de velocidad en las vías interurbanas, todavía más variados, hay que estar a lo dispuesto en el art. 48 del RGC (entre otros preceptos), que, por ejemplo, para turismos y motocicletas fija, con carácter general, en 120 kilómetros por hora para autovías y autopistas, en 100 kilómetros por hora para carreteras convencionales, y en 90 kilómetros por hora para el resto de vías fuera de población. Pues bien, como ya se ha dicho, la conducta típica del delito en estudio supone la superación de estos límites en 60 kilómetros por hora en vías urbanas (SAP de Valladolid de 1 de marzo de 2011) o en 80 kilómetros por hora en vías interurbanas (SAP de Ávila de 20 de octubre de 2010), sin que sea necesario, además, la creación de una situación de peligro concreto para un bien jurídico individual (vida o integridad corporal y salud). Si no se superan los límites de velocidad penalmente establecidos, pero sí los fijados reglamentariamente, la conducta constituye un ilícito administrativo [art. 65. 4 a) y 65. 5. a) de la LTCVMSV].

El dolo tiene que abarcar todos los elementos objetivos del tipo. Es necesario, por tanto, que el sujeto conozca que conduce por encima de los límites de velocidad fijados en el art. 379.1 del CP.

La prueba que servirá para acreditar la comisión de este delito viene proporcionada en la mayor parte de los casos por la medición de la velocidad del vehículo a través de los llamados cinemómetros o velocímetros. Para que la prueba sea válida, estos aparatos deben reunir las condiciones y requisitos técnicos recogidos en la correspondiente legislación administrativa (particularmente, en la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 22 de noviembre de 2006: ITC/3699/2006) (SAP de Álava de 27 de enero de 2009). Tales aparatos medidores tienen un margen de error —reconocido por la normativa propia del sector y que varía en función de distintos factores (tipo de cinemómetro, tiempo de funcionamiento, etc.)— que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la velocidad a la que conducía el sujeto (la sentencia número 48/2008, de 17 de febrero, del Juzgado de lo Penal número 3 de Jerez de la Frontera, absuelve al conductor de un turismo que circulaba a 186 kilómetros por hora por una vía interurbana con límite de velocidad de 100, por considerar que el aparato medidor presentaba un margen de error del 4%, por lo que el vehículo podría estar circulando a 179 kilómetros por hora, conducción esta no abarcada por el tipo; en sentido semejante la SAP de Lleida de 28 de diciembre de 2010 y la SAP de Murcia de 10 de mayo de 2011).

Los aparatos de medición identifican el vehículo que ha superado una determinada velocidad, pero no a su conductor. La identificación de este último

puede resultar problemática cuando, tras la detección por el cinemómetro del exceso de velocidad, no se detiene el vehículo por algún agente de tráfico. En el ámbito administrativo existe la obligación del titular del vehículo de facilitar a la Administración la identificación del conductor en el momento de ser cometida la infracción (art. 9 bis 1 a de la LTCVMSV). El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción muy grave (art. 65.5 j de la LTCVMSV). No obstante, en nuestra opinión, esta obligación no puede trasladarse al ámbito penal, pues podría entrar en contradicción con el derecho a no declararse culpable (art. 24.2 CE)—si es el titular del vehículo quien lo conducía en el momento de los hechos— o con la dispensa de testificar contenida en los arts. 416 y 418 de la LECr —si el vehículo era conducido por alguno de los familiares recogidos en estos preceptos—. Por ello, sería deseable, para evitar problemas, que se identificara al conductor inmediatamente después de cometer el delito a través de un atestado policial. No obstante, al estar prevista legalmente la rebaja, en un tercio, de la pena solicitada por la acusación para los casos de conformidad por parte del autor, la mayoría de los acusados no discuten la autoría de los hechos.

Este delito se castiga con la pena de prisión de tres a seis meses o con multa de seis a doce meses o con trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, además de con la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

3. Delito de conducción con altas tasas de alcohol

El inciso segundo del apartado 2 del art. 379 castiga, con las mismas penas previstas en el apartado 1, al “*que conducir (un vehículo de motor o ciclomotor) con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro*”.

El elemento determinante de este delito es la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor superando ciertas tasas de alcohol, en concreto, 0,60 miligramos por litro de aire espirado, o 1,2 gramos por litro de sangre. Esta modalidad delictiva solo alude al alcohol, omitiendo la referencia a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (a las que sí se alude en el inciso primero del apartado 2 del art. 379 del CP), quizás porque no existen todavía, aunque sin duda aparecerán, medios rápidos y fiables capaces de medir la concentración de estas sustancias en el organismo humano.

Al castigar este delito la mera conducción de un vehículo de motor o ciclomotor con una tasa de alcohol superior a la expresamente fijada por el precepto, sin necesidad de que exista constancia de la merma de las capacidades psicofísicas del conductor (SAP de Murcia, sección 2.^a, de 21 de febrero de 2011), resultará decisiva para alcanzar una sentencia condenatoria la prueba de detección y determinación de tales tasas alcohólicas. La prueba de la tasa de alcoholemia, a través de los llamados etilómetros o del correspondiente análisis de sangre, para que sea válida y surta efectos probatorios, debe llevarse a cabo cumpliendo con los requisitos que se establecen reglamentariamente (arts. 22 y ss. del RGC) (SAP de Castellón, sección 1.^a, de 7 de junio de 2011). Los etilómetros, instrumentos que miden la concentración de alcohol en el aire espirado, deben reunir los requisitos de construcción, funcionamiento, verificación, etc., contenidos en la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 22 de noviembre de 2006 (ITC/3707/2006) (SAP de Barcelona, sección 5.^a, de 8 de septiembre de 2011). Estos aparatos, al igual que ocurre con los cinemómetros, presentan unos márgenes de

error, recogidos en los propios folletos de indicaciones técnicas de tales aparatos y en la última Orden mencionada, que deben tenerse en cuenta en la determinación de la tasa de alcohol con la que conducía el sujeto (sentencia del Juzgado de lo Penal número 4 de Pamplona de 11 de febrero de 2008 y SAP de Burgos de 11 de diciembre de 2009).

La doctrina dominante estima que una tasa de alcohol superior a la fijada en el inciso segundo del art. 379.2 del CP —0,60 miligramos por litro de aire espirado o 1,2 gramos por litro de sangre— es un elemento del tipo objetivo del delito en estudio. Supone ello que, como tal elemento objetivo del tipo, el dolo tiene que abarcarlo, es decir, el sujeto tiene que conocer que conduce con una tasa de alcohol superior a la establecida penalmente. Esto conlleva indudables problemas de prueba, que supondrían en la práctica una reducción de la aplicación de este precepto, lo cual no tiene por qué verse como algo necesariamente negativo (podría aplicarse, en su defecto, el correspondiente ilícito administrativo). Desde este punto de vista, para poder aplicar este delito, el juez debería llegar a la convicción de que el sujeto, en el momento de la conducción, conocía la previa ingestión de alcohol, y de que, por la cantidad y graduación alcohólica de la bebida ingerida, conocía y contaba con que sus tasas de alcohol eran superiores a las fijadas penalmente. No es así, sin embargo, como se opera en la jurisprudencia. Aunque no se diga expresamente, la tasa de alcohol superior a la fijada en el precepto en estudio es considerada por jueces y tribunales como una condición objetiva de punibilidad, por lo que, al no tener que ser abarcada por el dolo, no se exige que el sujeto conozca que su tasa de alcohol supera los límites penalmente establecidos. La prueba objetiva, proporcionada por el etilómetro o el análisis de sangre, de que se ha conducido con tasas de alcohol superiores a las ya referidas, es suficiente para castigar por este delito, sin que se entre a valorar si el sujeto conocía o no este extremo. No puede decirse que sea esta una interpretación indefendible, pero, al menos, debería probarse que el sujeto conocía que conduce un vehículo de motor o ciclomotor, y que lo hace después de haber ingerido alcohol (lo que no ocurrirá, por ejemplo, en el abstemio que pide un refresco y se lo sirven, por error, con alcohol, y tras beberse sin notar nada, conduce su vehículo hasta que es interceptado en un control preventivo de alcoholemia).

Puede ocurrir que una persona conduzca un vehículo de motor o un ciclomotor superando en 60 kilómetros por hora (vías urbanas) o en 80 kilómetros por hora (vías interurbanas) la velocidad máxima permitida en la legislación administrativa, y, además, con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. Este caso debe solucionarse, en nuestra opinión, a través de la aplicación de un delito de conducción con velocidad excesiva en concurso ideal con un delito de conducción con altas tasas de alcohol.

Se prevén para esta figura delictiva, como ya se ha dicho, las mismas penas que para el delito de conducción con velocidad excesiva.

Si no se superan las tasas de alcohol penalmente establecidas, pero sí las fijadas en el art. 20 del RGC, la conducta constituye un ilícito administrativo [art. 65.5 c) de la LTCVMSV] (Alastuey/Escuchuri).

4. Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

Este delito se encuentra regulado en el primer inciso del apartado 2 del art. 379 del CP: “*Con las mismas penas será castigado el que conduzgere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas*”.

Lo característico de este delito es que el sujeto conduzca un vehículo de motor o ciclomotor *bajo la influencia* de alguna de estas sustancias. No basta, por tanto, para poder aplicar este delito, con que el sujeto haya consumido alcohol u otras drogas, es preciso, además, que tal consumo influya en la capacidad psicofísica del conductor, que se vean mermadas sus facultades psíquicas y físicas (coordinación, reflejos, percepción, autocontrol, etc.).

La prueba de detección de la alcoholemia —decisiva, como se ha visto, en la anterior figura delictiva—, así como las pruebas que sirven para detectar otras drogas (análisis de sangre, por ejemplo), no son determinantes en este delito, pues si bien constatan la efectiva ingesta de alcohol o el consumo del resto de las sustancias mencionadas en el precepto, no son suficientes por sí solas (al menos en un buen número de casos) para probar su influencia en la capacidad psicofísica del conductor (SAP de Barcelona de 21 de abril de 2011). De esta manera, con la confirmación a través del test de alcoholemia de que un sujeto ha conducido un vehículo de motor con una tasa de alcohol superior a la establecida en el art. 20 del RGC (0,25 miligramos por litro de aire espirado o 0,5 gramos por litro de sangre), no se demuestra todavía la influencia negativa de la impregnación alcohólica en la conducción. Por otro lado, estas pruebas de detección, no solo son insuficientes, sino que son además innecesarias para apreciar la existencia de este delito, ya que es posible acreditar la influencia del consumo a través de otras pruebas, a las que ahora haremos referencia, sin que se haya realizado un test de detección de alcohol u otras drogas (por ejemplo, porque el conductor se ha negado a someterse al test de alcoholemia) (SAP de Tarragona de 9 de junio de 2011). En definitiva, si bien las pruebas de detección de alcohol u otras sustancias estupefacientes pueden ayudar a condenar a un conductor por el delito en estudio, ni son suficientes ni necesarias para determinar la influencia del alcohol o de otras drogas en la capacidad psicofísica del conductor.

Llegados a este punto surge la pregunta de cómo se comprueba que el sujeto conduce *bajo la influencia* de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. Existen al respecto dos posturas. Para unos autores esta influencia queda probada con la constatación de la afectación de las facultades psicofísicas del conductor, mientras que para otros, quizás el sector mayoritario, es necesario además que la influencia se manifieste a través de una conducción irregular. De acuerdo con la primera postura, comete el delito en estudio el conductor que, detenido en un control preventivo de alcoholemia, presenta síntomas de encontrarse embriagado —constatados a través de la realización por los agentes de la diligencia de síntomas externos: halitosis alcohólica, pupilas dilatadas, ojos vidriosos, habla pastosa, pérdida de equilibrio, respiración agitada, signo de Romberg, etc.—, sin necesidad de que se haya percibido externamente una conducción anómala (SAP de Madrid de 25 de enero 2005). Por el contrario, para los defensores de la segunda postura, a la influencia del alcohol u otras drogas en las capacidades del conductor (síntomas de estar embriagado), ha de sumarse una conducción irregular, anómala o peligrosa (trayectoria zigzagueante, maniobra

extraña, gran velocidad, etc.) (SAP de Castellón de 7 de junio de 2011 y SAP de Burgos de 6 de septiembre de 2011).

El primer inciso del apartado 2 del art. 379 del CP se refiere, además de a las *bebidas alcohólicas* (que buena parte de la doctrina identifica con sustancias líquidas, sin que la expresión admita otras formas de presentación del alcohol), a las *drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. En el ámbito de este precepto, estos términos abarcan «*cualquier sustancia que, ingerida, inyectada, inhalada o por cualquier otro método introducida en determinada cantidad en el organismo del conductor afecta a su capacidad de conducción —reflejos, atención, percepción, capacidad motora, etc.—*» (Molina Fernández). Entre estas sustancias pueden citarse la heroína, cocaína, marihuana, hachís, anfetaminas, éxtasis, LSD, etc. Quedan también incluidos en esta definición aquellos medicamentos (ansiolíticos, antidepresivos, antihistamínicos, analgésicos, relajantes musculares) que pueden producir somnolencia, disminuir la concentración o los reflejos, ocasionar trastornos visuales, afectar al equilibrio, etc., en definitiva, que puedan influir negativamente en el sujeto para el desarrollo de una correcta conducción (SAP de Zaragoza de 27 de mayo de 2004).

Al igual que las anteriores figuras delictivas, nos encontramos ante un delito doloso. El sujeto tiene que conocer que ha consumido alguna de las sustancias mencionadas en el precepto en cantidad suficiente como para verse afectada su capacidad psicofísica. Parte de la doctrina y la jurisprudencia niegan que sea necesario que el sujeto conozca que sus facultades físicas y psíquicas se encuentran mermadas para la conducción del vehículo, pues en muchos casos los sujetos activos de este delito, precisamente a consecuencia de la sustancia consumida, no reconocen su incapacidad para conducir. En realidad, la influencia del alcohol u otras drogas en el conductor, elemento que caracteriza esta figura delictiva, es considerada, no como un elemento objetivo del tipo, sino como una condición objetiva de punibilidad, por lo que no tiene que ser abarcada por el dolo.

La jurisprudencia, por regla general, no considera aplicable al delito en estudio ni la eximente completa del art. 20.2 ni la correspondiente eximente incompleta del art. 21.1 del CP (STS de 27 de noviembre de 1989 y SAP de Barcelona, sección 5.^a, de 7 de noviembre de 2003). En nuestra opinión, no hay que descartar totalmente la aplicación de estas eximentes al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (tampoco al delito de conducción con altas tasas de alcohol). Es necesario, para comprobar el alcance de estas eximentes en estos delitos, aclarar algunas cuestiones.

Hemos mantenido que para aplicar el delito en estudio es necesario que el alcohol o alguna de las otras sustancias influyan en la capacidad psicofísica del conductor (coordinación, reflejos, percepción, autocontrol, etc.). No obstante, tal influencia no coincide necesariamente con los efectos que tales sustancias pueden provocar en la imputabilidad de una persona. Habrá muchos casos, por ello, en los que el sujeto conduzca bajo la influencia del alcohol u otras drogas (o con un tasa de alcohol superior a la fijada en el inciso segundo del art. 379.2 del CP), y que, no obstante ello, la cantidad de estas sustancias consumida no sea suficiente para disminuir siquiera la imputabilidad del conductor. En estos casos, en efecto, está descartada la aplicación de la eximente completa del art. 20.2 y de la eximente incompleta del art. 21.1 del CP. Pero puede ocurrir que por la cantidad de alcohol u otra droga consumida, además de verse afectada la aludida capacidad psicofísica del conductor, quede anulada o disminuida su imputabilidad o capacidad de

culpabilidad. En estos casos, quedará asimismo descartada la aplicación de la aludida exigente completa o incompleta si el conductor ha buscado el estado de intoxicación por alcohol u otras drogas con el propósito de conducir un vehículo de motor o ciclomotor, o previó o debió prever mientras bebía que bajo tal intoxicación realizaría una conducción (supuestos de *actio libera in causa*). Ahora bien, si la imputabilidad del sujeto durante la conducción está excluida o seriamente disminuida por el consumo de alguna de estas sustancias, y al mismo tiempo el conductor no buscó el estado de intoxicación con el propósito de conducir, ni tampoco previó ni debió prever que lo haría bajo tal estado, entonces, en nuestra opinión, no hay razón para no aplicar la exigente completa o incompleta, según los casos, del art. 20.2 o 21.1 del CP.

La relación existente entre los dos delitos contenidos en el apartado 2 del art. 379 del CP es de concurso de leyes. Por tanto, la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor concurriendo los elementos de ambas figuras delictivas, da lugar a la aplicación de uno solo de los delitos (en este caso cualquiera de los dos, pues ambos se castigan con la misma pena). Sin embargo, la conducción de un vehículo de motor o un ciclomotor superando en 60 kilómetros por hora (vías urbanas) o en 80 kilómetros por hora (vías interurbanas) la velocidad máxima permitida en la legislación administrativa, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, da lugar a la aplicación de un delito de conducción con velocidad excesiva en concurso ideal con el delito contenido en el inciso primero del art. 379.2 del CP.

Las penas previstas para este delito son las mismas que para las dos figuras anteriores.

5. Delito de conducción con temeridad manifiesta

El apartado 1 del art. 380 del CP prevé las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años para “*el que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*”.

La acción típica consiste en conducir un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta. La conducción *temeraria* es aquella que vulnera las normas de cuidado más elementales que rigen en el ámbito de la circulación de vehículos (STS de 1 de abril de 2002). La conducción temeraria es *manifiesta* cuando se muestra patente, clara, notoria y evidente para un conductor medio colocado en el lugar del autor y teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. El TS ha considerado conducción con temeridad manifiesta circular en dirección prohibida y a gran velocidad en un núcleo urbano (STS de 8 de octubre de 2004), huir de la policía sin respetar la luz roja de los semáforos y por dirección prohibida (STS de 20 de diciembre de 2006), saltarse un semáforo en rojo, una señal de Stop, no respetar un paso de peatones e invadir el carril contrario de circulación (STS de 29 de diciembre de 2010) o circular marcha atrás a lo largo de 500 metros con las luces apagadas y saltarse acto seguido dos señales de Stop (STS de 16 de septiembre de 2011).

El resultado de este delito está configurado por el peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. No basta, por tanto, para alcanzar la consumación con que el sujeto conduzca un vehículo de motor o ciclomotor con temeridad manifiesta, es necesario además que a consecuencia de tal conducción se haya puesto en peligro

concreto (en una situación de riesgo) la vida o la integridad de una o varias personas (otros conductores, viandantes e incluso acompañantes del sujeto activo que no hayan consentido en la conducción temeraria). La jurisprudencia considera que concurre este resultado de peligro cuando, tras una conducción temeraria por parte del sujeto activo, se arrolla el cochecito de un bebé que su abuelo había cogido en brazos instantes antes al observar que el turismo se dirigía hacia él a gran velocidad (STS de 2 de junio de 1999), diversos peatones tienen que apartarse para no ser atropellados (SsAP de Madrid de 7 de julio y 18 de octubre de 2010) o varios vehículos se ven obligados a realizar maniobras evasivas para evitar la colisión (SAP de las Islas Baleares de 10 de febrero de 2011 y STS de 16 de septiembre de 2011).

El apartado 2 del art. 380 del CP dispone que “*a los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior*”. Este apartado, introducido por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, determina que hay siempre conducción manifiestamente temeraria —aunque no únicamente, como se ha visto— cuando el sujeto conduce un vehículo de motor o ciclomotor superando en 60 kilómetros por hora (vías urbanas) o en 80 kilómetros por hora (vías interurbanas) la velocidad máxima permitida en la legislación administrativa, y, además, lo hace con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro (en nuestra opinión, deben concurrir simultáneamente las dos circunstancias, esto es, la conducción con velocidad excesiva y con altas tasas de alcohol). Se trata de una presunción *iuris et de iure* de la temeridad manifiesta, que no admite, por tanto, prueba en contrario. Ahora bien, para aplicar el art. 380 del CP, no basta con la concurrencia simultánea de las dos circunstancias —velocidad excesiva y altas tasas de alcohol—, sino que además es necesario que a consecuencia de la conducción se ponga en peligro concreto la vida o la integridad de una o varias personas. Cuando ocurra todo esto se planteará un concurso de leyes entre, por un lado, un delito de conducción con velocidad excesiva (art. 379.1 CP) en concurso ideal con un delito de conducción con altas tasas de alcohol (art. 379.2, inciso segundo), y, por otro, un delito de conducción con temeridad manifiesta (art. 380 del CP), que deberá resolverse, por aplicación del principio de especialidad, a favor de este último precepto.

El tipo subjetivo requiere el dolo del conductor. El dolo —directo o eventual— debe abarcar, no solo la conducción temeraria de un vehículo de motor o ciclomotor (lo que supone que el conductor conozca que su conducción vulnera elementales normas de tráfico), sino también la producción, a través de tal conducción, de un resultado de peligro de muerte o de lesión de una o varias personas (en contra, de forma sorprendente, la STS de 29 de diciembre de 2010). Por tanto, es necesario, al menos, que el conductor cuente con que su conducción temeraria puede colocar en una situación de riesgo la vida o la integridad de una o varias personas. Si el dolo va más allá, y comprende el propio resultado de muerte o un resultado de lesiones, nos encontramos ya en el ámbito de las formas imperfectas del homicidio o de las lesiones.

Este delito se castiga con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

Finalmente, el art. 65.5 e) de la LTCVMSV considera infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, *la conducción temeraria*. La diferencia entre

esta infracción y el delito en estudio estriba en que aquella no exige que la conducción temeraria sea *manifiesta* ni que se ponga en peligro concreto la vida o integridad de las personas (Alastuey/Escuchuri).

6. Delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás

Este delito, regulado en el art. 381 del CP, presenta dos modalidades. Su apartado 1 dispone que “*será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior*” (primera modalidad). Por su parte, el apartado 2 de este precepto establece que “*cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior*” (segunda modalidad).

La incorporación de este delito al CP anterior (CP de 1973) a través de la LO 3/1989, de 21 de junio, se debió a un fenómeno —muy difundido por los medios de comunicación— que tuvo lugar en la segunda mitad de la década de los 80 consistente en circular, mediando apuestas o por mera diversión, en dirección contraria durante varios kilómetros por la autopista A-6 (Madrid/La Coruña), a veces con el compromiso de no cambiar de carril aunque vinieran vehículos de frente. Parte de la doctrina consideró innecesaria la introducción de este delito por estimar que tales comportamientos podían ser resueltos a través de la aplicación de una tentativa de homicidio con dolo eventual. Otro sector doctrinal, sin embargo, aplaudió la incorporación al CP de esta figura delictiva, pues, aunque en rigor no fuera necesaria, dotaba a los jueces y tribunales de un instrumento inequívoco para hacer frente a estos comportamientos tan graves, teniendo en cuenta lo reacios que se mostraban los aplicadores del derecho a apreciar el dolo eventual en las conductas relacionadas con el tráfico rodado. Con el tiempo, el fenómeno perdió intensidad y decayó la alarma social, si bien esta figura delictiva, a pesar de los problemas interpretativos que presenta, se ha mantenido tras las diversas reformas llevadas a cabo en los delitos contra la seguridad vial.

El apartado 1 del art. 381 del CP (primera modalidad) castiga a quien con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo 380 del CP. Más concretamente, se castiga a quien, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, condujere un vehículo de motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta —con extraordinaria temeridad, como veremos— y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. No es posible aquí hacer referencia a las diversas posturas defendidas en doctrina y jurisprudencia acerca de la delimitación entre esta figura delictiva y el delito de conducción con temeridad manifiesta del art. 380 del CP. Nos vamos a referir brevemente (y prescindiendo de matices) a dos de estas posturas: la mayoritaria y la que, en nuestra opinión, resulta más correcta.

De acuerdo con la opinión dominante, la diferencia entre el delito en estudio y el delito contenido en el art. 380 del CP se encuentra, no en su tipo objetivo, sino en el tipo subjetivo. En efecto, de acuerdo con esta postura, el tipo objetivo de ambos delitos es coincidente: en ambos se exige una conducción con temeridad manifiesta y el concreto peligro para la vida o integridad de las personas. Todas las conducciones

manifiestamente temerarias del art. 380 podrían integrar el tipo regulado en el art. 381.1 del CP. Y lo mismo cabe decir del resultado de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. La diferencia para los defensores de esta postura estriba, como se ha dicho, en el tipo subjetivo. El sujeto activo del delito contenido en el art. 381 actúa, además de con el dolo propio del art. 380, con un dolo eventual respecto a un resultado de muerte. Según esto, el art. 381.1 del CP tipifica expresamente una tentativa de homicidio con dolo eventual (STS de 17 de noviembre de 2005, SAP de Barcelona, sección 1.^a, de 4 de julio de 2006, SAP de Barcelona, sección 3.^a, de 12 de noviembre de 2007 y STS de 26 de enero de 2011).

Esta postura, de la que solo hemos expuesto sus líneas fundamentales, no nos parece correcta. Si existe dolo eventual en relación con un resultado de muerte, lo que procede aplicar es un homicidio en grado de tentativa (arts. 138, 16 y 62 del CP), y no crear una figura específica. Si, como entiende la opinión dominante, el art. 381.1 del CP tipifica expresamente una tentativa de homicidio con dolo eventual, la pregunta que surge, y que no se ha respondido de forma conveniente, es por qué una tentativa de homicidio con dolo eventual llevada a cabo en el ámbito de la seguridad vial tiene un tratamiento penológico más benigno que una tentativa de homicidio con idéntico dolo en cualquier otro ámbito (la pena de prisión del art. 381.1 es de dos a cinco años, y la pena de prisión de una tentativa de homicidio es de cinco años a nueve años, once meses y veintinueve días —si bajamos un grado— o dos años y seis meses a cuatro años, once meses y veintinueve días —si bajamos dos grados—). Tampoco se ha explicado de forma convincente por qué, si nos encontramos ante la tipificación expresa de una tentativa de homicidio con dolo eventual, en los supuestos en que la conducción temeraria pone en concreto peligro la vida de varias personas (lo que suele ser habitual), solo se castiga por un delito del art. 381.1 del CP, en lugar de por un concurso ideal de tantos delitos del art. 381.1 como vidas se hayan puesto en peligro.

Nos parece más correcta, aunque no sea totalmente satisfactoria, la opinión de aquellos autores que encuentran la diferencia entre el delito contenido en el art. 380 y el regulado en el art. 381.1 del CP en la conducta típica, reservando este último precepto para los supuestos de conducción extremadamente peligrosa (supuestos de una gravedad excepcional o de una extraordinaria temeridad: circular en dirección contraria a gran velocidad por autovías y autopistas; conducción agresiva consistente en acercarse a gran velocidad al vehículo de delante para empujarlo y golpearlo varias veces y colocarse después delante para frenar bruscamente; o invasión de zonas peatonales a gran velocidad después de haber ingerido alcohol) que pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (SAP de Madrid, sección 3.^a, de 28 de octubre de 2005). El dolo del autor debe abarcar la conducción extremadamente temeraria de un vehículo de motor o ciclomotor y la producción, a través de tal conducción, de un resultado de peligro de muerte o de lesión de una o varias personas. Si el dolo va más allá, y comprende el propio resultado de muerte o un resultado de lesiones, nos encontramos ya en el ámbito de las formas imperfectas del homicidio o de las lesiones.

El apartado 2 del art. 381 del CP (segunda modalidad) alberga una tentativa de la figura contenida en el apartado 1. La diferencia entre ambas estriba en que en aquella no se exige la puesta en peligro concreto de la vida o la integridad de las personas (sería el caso de quien circula en sentido contrario por una autopista a gran velocidad a lo largo de varios kilómetros sin cruzarse con ningún vehículo).

7. Delito de conducción sin permiso o licencia

El párrafo primero del art. 384 del CP castiga a quien “*condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente*”. En el párrafo segundo de este precepto se castiga igualmente “*al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción*”.

Este delito, introducido en el CP a través de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, ha sido criticado por un amplio sector doctrinal por considerarlo una simple infracción formal o de desobediencia al orden administrativo. Algún autor incluso ha cuestionado su constitucionalidad por no proteger bien jurídico alguno. En nuestra opinión, el precepto en estudio también protege el bien jurídico *seguridad vial*. No obstante, a diferencia de los delitos hasta el momento tratados en esta lección, que lesionan tal bien jurídico, el delito contenido en el art. 384 del CP es de peligro abstracto. El legislador presume, sin posibilidad de prueba en contrario, que quien conduce sin haber obtenido el permiso o tras haber sido privado de él o haberlo perdido, carece de los conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas suficientes para realizar una conducción segura (presunción *iuris et de iure* de peligro). Aunque no pueda decirse que las conductas recogidas en el art. 384 del CP carezcan de contenido de injusto material (pues ponen en peligro abstracto la seguridad vial), habría sido más acertado mantenerlas en la esfera de la ilicitud administrativa.

El art. 384 del CP contiene tres modalidades típicas:

1. *Conducción en casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente*

La Ley 17/2005, de 19 de julio, introduce en España el llamado carné por puntos. De acuerdo con este nuevo sistema de permiso o licencia de conducción por puntos, cada conductor cuenta con un crédito de 12 puntos (con carácter general) que se van perdiendo a medida que es sancionado por la comisión de determinadas infracciones graves y muy graves contenidas en el Anexo II y IV de la LTCVMSV. Cuando se hayan perdido la totalidad de los puntos asignados, la Administración declara la pérdida de vigencia de la autorización para conducir. Una vez constatada la pérdida total de los puntos, la Administración, en el plazo de 15 días, debe notificar al interesado — conforme a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común— el acuerdo por el que se declara la pérdida de vigencia de su permiso o licencia de conducción (art. 63.6 de la LTCVMSV). Aunque, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de la LTCVMSV, el descuento de los puntos se produce automática y simultáneamente en el momento en que la sanción se anota en el Registro de Conductores e Infractores, la conducta típica en estudio solo es susceptible de realizarse a partir de la notificación al interesado del acuerdo de la Administración en el que se haya declarado la pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos (SAP de Navarra, sección 1.^a, de 29 de junio de 2009). No debemos olvidar que nos encontramos ante una modalidad dolosa, por lo que el sujeto tiene que conocer, entre otros elementos típicos, que ha perdido la totalidad de los puntos de su permiso o licencia (SAP de Girona, sección 3.^a, de 23 de mayo de 2011).

2. *Conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial*

Para que pueda llevarse a cabo esta conducta es preciso que se haya dictado una resolución judicial (en la jurisdicción penal o en cualquier otro orden jurisdiccional) que haya determinado la privación del permiso o licencia de forma cautelar (por ejemplo, supuesto contenido en el art. 529 bis de la LECr) o de forma definitiva (Alastuey/Escuchuri). Así, por ejemplo, realizará esta conducta delictiva quien conduce un vehículo de motor durante el cumplimiento de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (SAP de Valencia, sección, 2.^a, de 10 de junio de 2011). En este caso, el sujeto realizará, además del delito contenido en el art. 384, el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 del CP. Un sector de la doctrina considera que la relación entre ambos delitos es de concurso de leyes, que resuelve a través del principio de especialidad a favor del art. 384. En nuestra opinión, sin embargo, se trata de un concurso ideal de delitos, pues ambos preceptos protegen bienes jurídicos diferentes (SAP de Barcelona, sección, 2.^a, de 16 de febrero de 2009).

3. *Conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia*

De las tres modalidades contenidas en el art. 384 del CP, esta es la que se aplica con más frecuencia por los tribunales. Lo característico de esta modalidad es que el sujeto conduce un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido *nunca* permiso o licencia de conducción (SAP de Murcia, sección 5.^a, de 12 de abril de 2011 y SAP de Sevilla, sección 4.^a, de 27 de abril de 2011). Queda fuera de este tipo delictivo la conducción con un permiso o licencia caducado o la conducción tras haber perdido la vigencia del permiso o licencia de conducción por desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para el otorgamiento de la autorización. También será atípica, en nuestra opinión, la conducción con un permiso extranjero no convalidado u homologado en territorio español (así la mayor parte de la jurisprudencia: SAP de Girona, sección 3.^a, de 12 de agosto de 2009 y STS de 31 de mayo de 2011; en contra, sin embargo, SAP de Barcelona, sección 7.^a, de 3 de septiembre de 2009). Todas estas conductas, no obstante, constituyen ilícitos administrativos (art. 65 de la LTCVMSV).

Se discute en la doctrina si queda abarcada por esta modalidad típica la conducción con un permiso o licencia que no se corresponde con la clase de permiso o licencia de conducción exigido administrativamente para la categoría de vehículo a motor o ciclomotor que el sujeto está conduciendo (por ejemplo, se conduce un vehículo que necesita un permiso de la clase D1 por alguien que tiene un permiso de la clase B —arts. 4 y 6 del Reglamento General de Conductores—). A nuestro modo de ver, procede también aquí realizar una interpretación restrictiva. Y puesto que el tipo no se refiere al que conduce sin haber obtenido el *correspondiente* permiso o licencia de conducción, sino al que conduce *sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción*, los casos de inadecuación del permiso o licencia a la categoría del vehículo que se conduce, deben quedar al margen de esta modalidad delictiva. Estos supuestos son constitutivos de la infracción administrativa muy grave contenida en el art. 65.5 k de la LTCVMSV.

El art. 384 del CP prevé para cualquiera de estas tres modalidades típicas una pena alternativa: prisión de tres a seis meses o multa de doce a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

8. La regla concursal del art. 382 del CP

Dispone este precepto que “*cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado*”. De entre todos los delitos tratados bajo el epígrafe *Delitos cuya conducta típica consiste en conducir*, queda excluido de esta regla concursal el contenido en el art. 384 del CP.

Contiene el art. 382 del CP una regla específica referida a los casos en que como consecuencia de la conducción con velocidad excesiva (art. 379.1), con altas tasas de alcohol (art. 379.2, inciso segundo), bajo la influencia del alcohol u otras drogas (art. 379.2, inciso primero), con temeridad manifiesta (art. 380) o con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 381), se produce un resultado lesivo constitutivo de delito, como por ejemplo un resultado de lesiones o de muerte (SAP de Salamanca de 19 de junio de 2011). En estos casos, se aplicará la pena del delito más grave en su mitad superior, condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado. Así por ejemplo, si un sujeto conduce un vehículo de motor bajo la influencia del alcohol (art. 379.2, inciso primero) y, como consecuencia de ello, atropella a un peatón causándole la muerte (art. 142, si estimamos que la imprudencia es grave), deberá aplicarse la pena prevista para el delito más grave, en este caso el homicidio imprudente, en su mitad superior (prisión de dos años, seis meses y un día a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres años, seis meses y un día a seis años).

Es posible que a consecuencia de alguna de las conductas contenidas en los arts. 379, 380 o 381 del CP, se produzcan varios resultados lesivos, por ejemplo, varias muertes, lesiones a distintas personas o muertes y lesiones. En estos casos, en nuestra opinión, hay que proceder de igual manera. De entre todas las infracciones cometidas se apreciará la más grave, y se aplicará la pena prevista para ella en su mitad superior. El hecho de haberse causado varios resultados lesivos puede tenerse en cuenta en la fase de individualización judicial de la pena.

La regla concursal del art. 382 exige que el resultado lesivo sea *constitutivo de delito*. El término *delito* debe ser interpretado aquí, a nuestro parecer, en un sentido estricto, por lo que no quedan abarcadas las faltas. Por tanto, si el resultado lesivo causado como consecuencia de alguna de las conductas contenidas en los arts. 379, 380 o 381 del CP es una falta (por ejemplo una falta de lesiones imprudente), no entra en aplicación el art. 382 del CP, sino las reglas generales del concurso. Según estas, nos encontramos aquí ante un concurso ideal de infracciones —el delito contra la seguridad vial cometido y la correspondiente falta—, por lo que deberá aplicarse el art. 77 del CP. Este último precepto precisa que en los supuestos de concurso ideal (también medial) se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave (en esto coincide con el art. 382), salvo que la pena así obtenida sea superior a la resultante de castigar separadamente las infracciones (pena suma), en cuyo caso deberá optarse por esta segunda opción (aquí radica la diferencia con el art. 382, pues este precepto no recoge la posibilidad de castigar las infracciones por

separado cuando la pena resultante sea inferior a la mitad superior de la pena del delito más grave).

III. DELITOS CUYA CONDUCTA TÍPICA NO CONSISTE EN *CONducir*

1. Delito de negativa a someterse a las pruebas de medición de alcohol y detección de otras drogas

De acuerdo con el art. 383 del CP “*el conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años*”.

Fue el CP de 1995 el primero que castigó como delito la conducta consistente en negarse a someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras drogas. Hasta entonces, este comportamiento constituía únicamente una infracción administrativa. Con la incorporación de esta conducta al catálogo de los delitos contra la seguridad vial se pretendió facilitar la realización de las pruebas de detección de alcohol y drogas, potenciando de esta manera la eficacia intimidante del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otras drogas. La regulación actual de este delito, distinta de la original, procede de la LO 15/2007, de 30 de noviembre.

Desde un primer momento este delito ha sido duramente criticado por doctrina y jurisprudencia. La primera redacción del CP de 1995 dio lugar a varias cuestiones de inconstitucionalidad por considerar que la obligación a someterse a las pruebas de detección de alcohol u otras drogas podía ser contraria al derecho a no declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable o a la presunción de inocencia (arts. 17.3 y 24.2 de la CE). El TC consideró, sin embargo, que este precepto era conforme a la Constitución (SsTC 161/1997 de 2 de octubre y 234/1997 de 18 de diciembre). A pesar de ello, hay autores que siguen cuestionando con argumentos sólidos la constitucionalidad de este precepto, sobre todo a partir de su modificación por la LO 15/2007, de 30 de noviembre. Sea como fuere, se trata de una regulación poco respetuosa con principios limitativos del Derecho Penal, como el de intervención mínima, carácter fragmentario o *ultima ratio*, por lo que sería deseable la exclusión de esta modalidad delictiva del CP y su sanción a través únicamente del Derecho Administrativo.

La doctrina ha discutido sobre cuál es el bien jurídico protegido por esta modalidad. Para unos se trata de un delito de desobediencia que protege el principio de autoridad constitucionalmente considerado. Para otros, sin embargo, el objeto de protección no es otro que la seguridad del tráfico. Un tercer grupo de autores considera que nos encontramos frente a un delito pluriofensivo que protege ambos bienes jurídicos. Por nuestra parte, no nos parece que la negativa del conductor a someterse a las pruebas de alcoholemia o detección de otras drogas afecte de una manera relevante el bien jurídico seguridad vial. Es la conducción con altas tasas de alcohol o bajo la influencia de esta sustancia u otras drogas —delitos estos cuya aplicación se ha pretendido facilitar con el castigo de la modalidad en estudio— la que lesiona este bien jurídico, pero no la negativa a someterse a tales pruebas, que,

como decimos, ni lesiona ni pone en peligro la seguridad vial. El delito contenido en el art. 383 del CP protege, de un modo desproporcionado e innecesario, el principio de autoridad. Desproporcionado, por la pena con que se castiga esta modalidad, e innecesario, porque este bien jurídico se encuentra ya convenientemente protegido en otras infracciones del CP (arts. 550, 556 y 634).

El tipo objetivo de este delito está integrado por los siguientes elementos: la cualidad de *conductor* del sujeto activo, el requerimiento por un agente de la autoridad para realizar la prueba de alcoholemia o de detección de drogas legalmente establecida y, finalmente, la negativa del conductor a someterse a tales pruebas. Vamos a detenernos brevemente en estos elementos típicos:

1. El art. 383 del CP exige que el sujeto activo sea un *conductor* (de un vehículo de motor o ciclomotor, pues aunque no se precisa este extremo, lo exige una interpretación sistemática con el resto de los delitos contra la seguridad vial). Por tanto, no cometen este delito el resto de usuarios de las vías públicas (ciclistas, viandantes) que se niegan a someterse a las referidas pruebas, y ello aunque se vean implicados en un accidente de circulación, sin perjuicio de que esta conducta pueda ser sancionada a través del derecho administrativo (arts. 12 y 65.5 d de la LTCVMSV). Aunque la conducta típica de este delito no consiste en *conducir* un vehículo de motor o ciclomotor (de ahí que lo hayamos ubicado fuera del epígrafe dedicado a los delitos cuya conducta típica es precisamente esta), debe existir una conexión temporal entre la conducción y el requerimiento por parte del agente de la autoridad, aunque no se exige la existencia de una absoluta inmediatez (por ello comete este delito el conductor implicado en un accidente que, media hora más tarde, con síntomas de ebriedad, a requerimiento de la Guardia Civil, se niega a someterse a la prueba de detección de alcohol en el lugar de los hechos).

2. El segundo requisito típico es el requerimiento llevado a cabo por un agente de la autoridad. El requerimiento debe provenir, en nuestra opinión, de un agente de la autoridad con competencias en materia de seguridad vial (Policía Local en zona poblada, Guardia Civil en zona interurbana y Policías Autonómicas en aquellas Comunidades Autónomas con competencias en materia de tráfico), y ha de encontrarse de servicio. Ha de ser expreso, terminante y claro: el agente de la autoridad debe explicar a la persona requerida las características de la prueba, cómo realizarla y cuáles son los derechos que tiene conforme a los arts. 22 y 23 del RGC. Hay autores, incluso, que exigen para que haya auténtico requerimiento que el conductor sea informado de las consecuencias penales que pueden derivarse de la negativa a someterse a la prueba.

3. Finalmente, entre los elementos del tipo objetivo, debe destacarse la negativa del conductor a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de otras drogas (conducta típica). El tipo lleva implícita una orden, un mandato dirigido a todo conductor consistente en realizar tales pruebas cuando concurren determinadas circunstancias. Cuando el conductor no lleva a cabo estas pruebas de detección de alcohol u otras drogas —bien porque se niega expresamente, bien porque utiliza ardidés que impiden su correcta realización (espirar por tiempo insuficiente, utilizar la lengua para que no pase al etilómetro el aire necesario, aspirar en lugar de espirar, etc.— infringe el mandato, y en consecuencia,

realiza el tipo delictivo. Nos encontramos, por tanto, ante un delito de omisión propia.

El tipo exige que la negativa vaya referida a las pruebas *legalmente establecidas* para la comprobación de las tasas de alcohol y la presencia de otras drogas. Estas pruebas están reguladas en los arts. 22 y 23 del RGC (alcohol) y art. 796.7 de la LECr (otras drogas):

Art. 22.1: *“Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia de tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados (...)”.*

Art. 23.1: *“Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aun sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente”.*

Art. 796.7: *“Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia (...)”.*

De acuerdo con los arts. 21 (alcohol) y 28 (otras drogas) del RGC los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán realizar dichas pruebas: 1) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación; 2) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas; 3) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este Reglamento; y 4) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.

Pues bien, el tenor literal del art. 383 del CP es lo suficientemente amplio para albergar la negativa de un conductor a someterse a las pruebas referidas en cualquiera de los supuestos contenidos en el art. 21 del RGC. Sin embargo, teniendo en cuenta, como ya hemos visto, que la regulación de este precepto es poco respetuosa con importantes principios limitativos del Derecho Penal, nos parece correcta la postura de un amplio sector de la doctrina que exige para aplicar el art. 383 del CP que el conductor, al ser requerido para realizar la prueba en alguno de los supuestos contenidos en el art. 21 del RGC, muestre indicios externos de estar bajo la influencia de alcohol y/u otras drogas (interpretación restrictiva). Esta interpretación permite, además, una delimitación clara con la infracción administrativa contenida en el art. 65.5 d) de la LTCVMSV. Por tanto, en nuestra opinión, si no hay indicios de

conducción influenciada y el conductor se niega a someterse a la prueba (por ejemplo, en un control preventivo de alcoholemia), no procede aplicar el delito del art. 383 del CP, sino la infracción administrativa del art. 65.5 d) de la LTCVMSV (así también la SAP de Burgos, sección 1.^a, de 8 de octubre de 2009 y SAP de Castellón, sección 1.^a, de 23 de abril de 2010; en contra de esta interpretación restrictiva, sin embargo, SAP de Madrid, sección 1.^a, de 13 de noviembre de 2008 y SAP de Girona, sección 3.^a, de 4 de febrero de 2010).

Como el resto de los delitos contra la seguridad vial, es este también un delito doloso. El dolo debe abarcar, como sabemos, los elementos objetivos del tipo analizados.

Se discute en doctrina y jurisprudencia la relación concursal entre esta figura delictiva y el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 379.2, inciso primero, del CP). Un amplio sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia estiman que nos encontramos ante un concurso de leyes, que debe resolverse a favor de la figura delictiva contenida en el art. 383 del CP (SAP de Madrid, sección 17.^a, de 21 de diciembre de 2010 y SAP de Valencia, sección 2.^a, de 3 de enero de 2011). En nuestra opinión, si, como hemos defendido, el art. 383 del CP no protege la seguridad vial, sino el principio de autoridad, lo coherente es afirmar que entre ambos delitos existe una relación de concurso real (así también, SAP de Navarra, sección 1.^a, de 24 de junio de 2010 y SAP de Castellón, sección 1.^a, de 3 de junio de 2011).

Las penas previstas para este delito son prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Delito consistente en originar (o no eliminar) un grave riesgo para la circulación

2.1. Introducción

El art. 385 del CP castiga a quien “*originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas: 1.^a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio. 2.^a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo*”.

Se trata de un delito que lesiona el bien jurídico seguridad vial. Es, por tanto, un delito de lesión. Se diferencia del resto de los delitos contra la seguridad vial en que no requiere que el sujeto activo sea el conductor de un vehículo de motor o ciclomotor. Es un delito de escasa relevancia práctica.

El art. 385 describe dos modalidades de conducta de distinta naturaleza. En el número 1 recoge conductas activas (acciones) y en el número 2 una modalidad omisiva. Conviene tratar ambas modalidades por separado.

2.2. Modalidad activa

Las distintas acciones típicas recogidas en el art. 385.1.^a del CP, a las que ahora nos referiremos, deben originar un *grave riesgo para la circulación*. Con ello se alude a una característica que debe tener la acción típica (desvalor de la acción): su elevada peligrosidad para la vida o la integridad corporal y salud de otros usuarios de

la vía. Por tanto, se exige que, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes (tipo de vía, visibilidad, etc.), la acción implique una elevada probabilidad de producir un accidente de circulación, y, en consecuencia, la muerte o lesiones de una o varias personas.

Las acciones descritas en el art. 385.1.^a del CP son las siguientes:

1. *Colocación en la vía de obstáculos imprevisibles*

Es indiferente que el obstáculo sea fijo (piedras colocadas en la calzada) o móvil (abandonar un perro en una autopista), que afecte a la totalidad o a una parte de la vía. Su presencia ha de resultar imprevisible para el conductor, requisito este del que se deriva la peligrosidad de la acción a la que ya hemos aludido. No será imprevisible el obstáculo convenientemente advertido. La jurisprudencia ha apreciado esta modalidad en los siguientes supuestos: colocar vallas de unos 100 kilos en una vía de gran circulación a la salida de un cambio de rasante (SAP de A Coruña, sección 2.^a, de 13 de abril de 2007), colocar en la vía un tractor de forma imprevisible para los demás usuarios (SAP de La Rioja, sección 1.^a, de 9 de julio de 2010), cruzar una cuerda de gran resistencia en la calzada a la altura aproximada de un metro atada a dos árboles (SAP de Murcia, sección 2.^a, de 23 de noviembre de 2010).

2. *Derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables*

Abarca esta modalidad los supuestos en los que se vierten o derraman sobre la vía sustancias (aceite, barro, gasoil, etc.) capaces de producir en el vehículo el efecto de deslizamiento o su incendio. Esta conducta es de escasa aplicación práctica, pues normalmente el derramamiento se produce de modo imprudente, supuesto este impune. Ahora bien, si advertido el derramamiento que origina un grave riesgo para la circulación, el sujeto no restablece la seguridad de la vía, puede incurrir en responsabilidad penal con arreglo al número 2 del art. 385 del CP.

3. *Mutación, sustracción o anulación de la señalización*

Tienen en común estas acciones que afectan la funcionalidad de la señalización, bien cambiando el sentido de la señal, bien retirándola del lugar donde está colocada o bien haciéndola inservible para el cometido que tenía (por ejemplo, pintándola). Las señales objeto de estas conductas son aquellas que guardan relación directa y sustancial con la seguridad del tráfico (señales de peligro, preceptivas, etc.), pero no las de mera comodidad, como las que indican el kilómetro de la autopista, la gasolinera más próxima o un área de descanso (SAP de Barcelona, sección 2.^a, de 17 de febrero de 2005: tumbar cuatro señales, dos de dirección obligatoria, una de dirección prohibida y otra de prohibido estacionar).

4. *Cualquier otro medio*

Se trata de una cláusula abierta que acoge cualquier acción que, al igual que las anteriores, origine un grave riesgo para la circulación. La doctrina ha incluido en esta modalidad arrojar piedras u otros objetos sobre los vehículos que circulan por la vía (SAP de Córdoba, sección 2.^a, de 11 de noviembre de 2008 y SAP de Palencia, sección 1.^a, de 11 de febrero de 2010), deslumbrar a los conductores con un espejo o propagar humo sobre la vía que dificulte la visibilidad (quema de rastrojos).

Son conductas todas ellas dolosas. El sujeto tiene que conocer que su conducta implica un grave riesgo para la circulación.

2.3. Modalidad omisiva

Esta modalidad está contenida, como se ha dicho, en el art. 385.2.^a del CP. Se castiga a quien, teniendo obligación de hacerlo, no restablece la seguridad de la vía, esto es, no restaura o repara aquellas condiciones que afectan de un modo grave la seguridad de la vía (SAP de Segovia, sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2005 y SAP de Zamora, sección 1.^a, de 21 de febrero de 2011). En esta modalidad, por tanto, el grave riesgo para la circulación ya existe (es precisamente la situación típica), y lo que se castiga no es, por tanto, su creación, sino su no eliminación, el no poner fin, pudiendo y debiendo hacerlo, a una situación de inseguridad vial creada previamente (por causas naturales o humanas).

Solo puede ser sujeto activo de esta modalidad delictiva quien *tenga obligación* de restituir la seguridad de la vía (delito especial). Nos encontramos, por tanto, ante una omisión propia de garante. Tienen este deber, en primer lugar, quienes por ley o contrato son garantes de la seguridad vial (Guardia Civil de tráfico, Policía Local, personal de mantenimiento de las autopistas, funcionarios encargados de la seguridad de las carreteras, etc.). Y, en segundo lugar, tienen también obligación de actuar aquellas personas que hayan contribuido con un comportamiento precedente a crear la situación objetiva de inseguridad. Sería el caso, por ejemplo, del conductor que derrama de forma imprudente gran cantidad de gasoil en la vía, y tras advertir esta circunstancia, no hace nada por eliminarlo (SAP de Alicante, sección 3.^a, de 22 de mayo de 1999); o quien, debido al hielo, se sale de la calzada con su vehículo arrancando varias señales de peligro que posteriormente, una vez que se ha percatado del incidente, no coloca en su lugar. En los casos en los que el sujeto que no restablece la seguridad de la vía sea el mismo que ha originado previamente y de forma dolosa el grave riesgo para la circulación, habrá un concurso de leyes entre los dos números del art. 385 del CP, que se resolverá a favor de la modalidad contenida en el número 1.

Es esta también una modalidad dolosa. El sujeto tiene que conocer la situación típica (la situación de grave riesgo para la circulación), el modo o forma de realizar la acción exigida y su posición de garante.

2.4. Penalidad

El art. 385 del CP prevé para estas modalidades la pena de prisión de seis meses a dos años o las penas de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días.

IV. EL ART. 385 TER DEL CP

Este precepto ha sido incorporado al CP a través de la LO 5/2010, de 22 de junio. Establece este precepto que “*en los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho*”.

En los casos en que el delito cometido sea alguno de los contenidos en los arts. 379, 383, 384 y 385 (quedan excluidos, por tanto, de la aplicación de esta cláusula, el delito de conducción con temeridad manifiesta —art. 380— y el delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás —art. 381—

), el Juez o Tribunal, cuando imponga la pena de prisión (salvo en el art. 383, en el resto de los preceptos mencionados en el art. 385 ter la pena de prisión es alternativa a otras penas), podrá rebajarla en un grado (atenuación facultativa). Esta cláusula no es aplicable a las penas de multa, trabajos en beneficio de la comunidad y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores. Para rebajar en un grado la pena de prisión se estará a la menor entidad del riesgo causado y al resto de las circunstancias del hecho que indiquen su menor gravedad.

V. EL COMISO DEL VEHÍCULO DE MOTOR O CICLOMOTOR

Dispone el art. 385 bis del CP, introducido también por la LO 5/2010, que “*el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128*”.

Contiene este precepto, en nuestra opinión, una previsión superflua, pues considera instrumento del delito lo que ya es instrumento del delito con arreglo a la regulación general del comiso contenida en el artículo 127 del Código penal. Al margen de esto, el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en la realización de alguno de los delitos contra la seguridad vial será decomisado con arreglo a lo previsto en los arts. 127 y 128 del CP.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ: véase Terradillos Basoco.

ALASTUEY DOBÓN y ESCUCHURI AISA, *Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial*, Estudios Penales y Criminológicos, XXXII, Universidad de Santiago de Compostela, 2012.

ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) y otros, *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.) y otros, *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ARÁUZ ULLOA, *El delito de omisión del deber de socorro: aspectos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BAJO FERNÁNDEZ (Dir.) y otros, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

BENÍTEZ ORTÚZAR: véase Morillas Cueva.

BLANCO CORDERO: véase Gómez Tomillo.

BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, *La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal*, Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, número 15, 2004.

BOLEA BARDÓN: véase Corcoy Bidasolo.

CANCIO MELIÁ: véase Memento práctico.

CARPIO BRIZ: véase Corcoy Bidasolo.

CARRASCO ANDRINO: véase Álvarez García.

CASTIÑEIRA PALOU: véase Silva Sánchez.

CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal (art. 295 CP)*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

CORCOY BIDASOLO (Directora) y otros, *Derecho penal. Parte especial, Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo 1*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CUGAT MAURI: véase Álvarez García.

DE VICENTE MARTÍNEZ: véase Gómez Tomillo.

DEL ROSAL BLASCO: véase Morillas Cueva.

DÍAZ PITA, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral*, Estudios Penales y Criminológicos, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN y LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código penal. Parte Especial I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS y ROMEO CASABONA (Coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FERNÁNDEZ BAUTISTA: véase Corcoy Bidasolo.

FRAILE COLOMA: véase Gómez Tomillo.

GARCÍA DEL BLANCO: véase VV. AA., Memento Experto.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA PÉREZ: Véase Díez Ripollés, Gracia Martín y Lorenzo Copello.
- GÓMEZ TOMILLO, El deber de socorro (art. 195.1 del Código penal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GRACIA MARTÍN, *El “iter criminis” en el Código penal español de 1995*, Cuadernos de Derecho judicial, 1996.
- GRACIA MARTÍN, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ y MAYO CALDERÓN, *El delito de participación en riña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GRACIA MARTÍN y VIZUETA FERNÁNDEZ, *Los delitos de homicidio y de asesinato en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ RIVERO: véase Gómez Tomillo.
- GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.^a edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GONZÁLEZ RUS: véase Morillas Cueva.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA: véase Díez Ripollés y Romeo Casabona.
- JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- LAMARCA PÉREZ (Coord.) y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.^a edición, Colex, 2011.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA: véase Álvarez García.
- MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2005.
- MESTRE DELGADO: véase Lamarca Pérez.
- MOLINA FERNÁNDEZ: véase Bajo Fernández.
- MORILLAS CUEVA (Coord.) y otros, *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 19.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ SÁNCHEZ: véase Díez Ripollés y Romeo Casabona.
- OTERO GONZÁLEZ, *El nuevo delito de acoso sexual*, Revista de Derecho penal y Criminología, 2000, n^o extraordinario 1.
- PÉREZ MACHÍO: véase Gómez Tomillo.
- PÉREZ MANZANO: véase Bajo Fernández.
- POMARES CINTAS: véase Álvarez García.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6.^a edición, Atelier, 2010.
- QUINTERO OLIVARES (Director)/MORALES PRATS (Coordinador), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4.^a edición, Thomson Aranzadi, 2005.
- RAGUÉS Y VALLÈS: véase Silva Sánchez.
- REBOLLO VARGAS: véase Álvarez García.
- ROBLES PLANAS: véase Silva Sánchez.
- ROCA AGAPITO: véase Álvarez García.

BIBLIOGRAFÍA

RODRIGUEZ MESA: véase Terradillos Basoco.

RODRIGUEZ MORO: véase Terradillos Basoco.

ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Editorial Comares, Granada, 2004.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS: véase Morillas Cueva.

SÁNCHEZ TOMÁS: véase Álvarez García.

SANTANA VEGA: véase Corcoy Bidasolo.

SILVA SÁNCHEZ (Dir.) y otros, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2011.

SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999.

TERRADILLOS BASOCO (Coord.) y otros, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, tomo III, Derecho penal. Parte especial, volumen I*, iustel, 2011.

TOMÁS VALIENTE-LANUZA: véase Gómez Tomillo.

VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VV. AA., *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010.

VV. AA., *Memento Práctico*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR/HERNÁNDEZ TRIVIÑO, *La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y de primera asistencia facultativa*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje a Torío López, Editorial Comares, Granada, 1999.