INSTRUCCIÓN INTERNA 6/2020: PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE UNIFICACION DE DOCTRINA.-

INDICE.

I. INTRODUCCION..... 5

II. NATURALEZA DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN..... 7

III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE APLICACIÓN..... 8

IV. ESPECIAL MENCION A LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO. 9

V. DOCTRINA LEGAL. DERECHO PENAL SUSTANTIVO..... 12

Vº. 1.- SOBRE EL ARTÍCULO 383 DEL CÓDIGO PENAL. 12

Vº. 2.- SOBRE EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL. DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO..... 13

Vº. 3.- SOBRE EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL. CANJE FRAUDULENTO DEL PERMISO. 15

Vº. 4.- SOBRE EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL. UNIDAD DE ACCION, DELITO CONTINUADO, CONCURSO REAL DE DELITOS. 15

Vº. 5.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ARTÍCULO 379 DEL CODIGO PENAL. 17

Vº. 6.- RELACION CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE LOS ARTICULOS 379.2 Y 383 DEL CODIGO PENAL. 18

Vº. 7.- SOBRE EL DELITO DEL ARTÍCULO 379.2 DEL CODIGO PENAL. 20

Vº. 8.- SOBRE EL DELITO DE RESISTENCIA DEL ARTÍCULO 556.1 DEL CODIGO PENAL..... 23

Vº. 9.- INTERPRETACION DEL DELITO DE ATENTADO CUALIFICADO POR EL USO DE ARMAS O INSTRUMENTOS PELIGROSOS DEL ARTÍCULO 551.1 DEL CÓDIGO PENAL. 26

Vº. 10.- INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL: CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN RELACION CON LA PENA ASIGNADA. PENAS CONJUNTAS Y ALTERNATIVAS. DURACION DE

LAS PROHIBICIONES DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LA VICTIMA. 28

Vº. 11.- INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 153 DEL CODIGO PENAL RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE IMPONER LAS PENAS DE PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA EN LOS SUPUESTOS DE MALTRATO DE OBRA..... 31

Vº. 12.- SUBTIPO HIPERAGRAVADO DE HURTO DEL ARTICULO 235.1.7 DEL CODIGO PENAL. 32

Vº. 13.- DELITO DE HURTO: VALORACION DE LOS EFECTOS SUSTRAIDOS. PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES. 34

Vº. 14.- DELITO DE “STALKING” O ACOSO DEL ARTICULO 172 TER DEL CODIGO PENAL. DOCTRINA SOBRE SUS REQUISITOS. 35

Vº. 15.- MEDICION DE LA DISTANCIA FIJADA EN LAS PROHIBICIONES DE APROXIMACIÓN. 37

Vº. 16.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 153 EN CASO DE AGRESIONES MUTUAS ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA..... 41

Vº. 17.- INTERPRETACION DEL ARTICULO 298.2 DEL CODIGO PENAL. MODALIDAD AGRAVADA DEL DELITO DE RECEPTACIÓN POR EL ÁNIMO DE TRAFICAR CON LOS OBJETOS RECEPTADOS. 43

Vº. 18.- DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: NO SE PRODUCE POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD IMPUESTOS COMO SUSPENSION DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD..... 45

Vº. 19.- INTERPRETACION DEL ABUSO SEXUAL DEL ARTÍCULO 181 DEL CODIGO PENAL. 47

Vº. 20.- INTERPRETACION DEL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO DEL ARTÍCULO 242.2 DEL CÓDIGO PENAL. 48

Vº. 21.- ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS: CUALIFICACION POR COMETERSE EN DEPENDENCIAS DE CASA HABITADA. TRASTEROS Y GARAJES COMUNES SITOS EN EDIFICIOS DE PROPIEDAD HORIZANTAL. 49

Vº. 22.- INTERPRETACION DE LA AGRAVACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 153.3 DE EJECUTAR EL HECHO EN PRESENCIA DE MENORES..... 50

Vº. 23.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 379.1 EN RELACION CON EL MARGEN DE ERROR DE LOS CINEMOMETROS. 51

Vº. 24.- INTERPRETACION DE LOS ARTÍCULOS 57 Y 48.1 DEL CODIGO PENAL. DELIMITACIÓN GEOGRÁFICO DEL TERMINO LUGAR UTILIZADO EN EL ARTICULO 48.1..... 52

Vº. 25.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL Y SU INTERRELACIÓN CON EL ARTÍCULO 321. DAÑOS EN BIENES DE VALOR HISTÓRICO. 55

Vº. 26.- QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: CASUISTICA: SUPUESTOS DE LAS LLAMADAS PERDIDAS Y SU RELEVANCIA REPECTO A LA PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA. 58

Vº. 27.- UNIFICACION DE DOCTRINA: USO DE CERTIFICACIÓN FALSA: PEGATINA DE ITV. 59

Vº. 28.- UNIFICACION DE DOCTRINA SOBRE LOS INTERESES DE DEMORA DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONTRATOS DE SEGURO. 60

Vº. 29.- DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN SU MODALIDAD DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227.1 DEL CODIGO PENAL: PAGO DE LAS CUOTAS HIPOTECARIAS. 61

Vº. 30.- DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN SU MODALIDAD DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227 DEL CODIGO PENAL: DELIMITACION DE LAS MENSUALIDADES QUE DEBEN CONFORMAR EL OBJETO DEL PROCESO Y SER OBJETO DE RESARCIMIENTO DE ACUERDO CON EL APARTADO TERCERO DEL CITADO PRECEPTO. 62

Vº. 31.- INTERPRETACION DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 337.4 DEL CODIGO PENAL. 64

Vº. 32.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CODIGO PENAL. DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS. 66

Vº. 33- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 89 DEL CODIGO PENAL SOBRE LA SUSTITUCION DE LA PENA DE PRISION: HA DE TENERSE EN CUENTA QUE LA PENA FINALMENTE IMPUESTA NO SUPERE EL AÑO DE PRISIÓN. 70

Vº. 34.- INTERPRETACION DE LA NORMA CONCURSAL DEL ARTÍCULO 382 DEL CODIGO PENAL. 71

Vº. 35.- PRINCIPIO ACUSATORIO: PENAS ALTERNATIVAS..... 72

Vº. 36.- DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ARTICULO 468 DEL CODIGO PENAL: PENALIDAD CUANDO LA PENA INCUMPLIDA SEA LA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE..... 74

Vº. 37.- DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL

ARTICULO 468 DEL CODIGO PENAL: INCARDINACION EN LA CONDUCTA TÍPICA PREVISTA EN EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS MEDIDAS IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS DE MENORES CUANDO SE PRODUCEN ALCANZADA LA MAYORÍA DE EDAD. 76

Vº. 38.- DELITO CONTINUADO. INTERPRETACION DE LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 74 EN LOS DELITOS PATRIMONIALES. 77

Vº. 39.- SOCIEDADES MERCANTILES MIXTAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA. 78

Vº. 40.- CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS. INCARDINACIÓN EN EL DELIITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA O EN EL DELITO DE ESTAFA. 79

Vº. 41.- INTERPRETACION DEL ARTICULO 385 TER DEL CODIGO PENAL. 84

Vº. 42.- LA RELACION CONCURSAL DEL DELITO DEL ARTÍCULO 183 TER.1 (CHILD GROOMING) CON LOS DELITOS DE LOS ARTICULOS 183 Y 189 DEL CODIGO PENAL. 86

Vº. 43.- DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL. TANTOS DELITOS COMO VICTIMAS EN CONCURSO REAL. 88

Vº. 44.- LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE. 89

VI. DOCTRINA LEGAL. DERECHO PROCESAL PENAL..... 91

VIº.1.- DOCUMENTACION DEL JUICIO ORAL..... 91

VIº. 2.- DERECHO A SER ASISTIDO POR INTÉRPRETE. DOCTRINA SOBRE LOS ERRORES DE TRADUCCION QUE GENERAN INDEFENSIÓN. 93

VIº. 3.- CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LA AUTENTICIDAD DE ARCHIVOS DE IMPRESIÓN CON CONVERSACIONES REALIZADAS A TRAVES DE SISTEMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA. 94

VIº. 4.- DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR POR RAZON DE PARENTESCO. DOCTRINA SOBRE EL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 94

VIº. 5.- DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR POR RAZON DE PARENTESCO. MENORES DE EDAD. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL. 99

VIº. 6.- SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN EL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS Y EN EL DELITO CONTINUADO. PENALIDAD ABSTRACTA DE CADA UNO DE LOS DELITOS EN EL CONCURSO MEDIAL, Y POSIBILIDAD DE EXASPERAR LA PENA EN EL DELITO CONTINUADO. 103

VIº. 7.- INTERPRETACION CONJUNTA DEL ARTÍCULO 103 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y DEL ARTÍCULO 268 DEL CODIGO PENAL. 107

VIº. 8.- CONFORMIDADES FUERA DE LOS LIMITES LEGALES. 108

VIº. 9.- CONFORMIDADES EN LOS SUPUESTOS DE SER VARIOS LOS ACUSADOS. 110

VIº. 10.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL OPERADA POR LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE, EN MATERIA DE CONEXIDAD DELICTIVA. 113

VII. UNIFICACION DE DOCTRINA EN MATERIA PENITENCIARIA. 115

VII.1.- ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA. 115

VIIº. 2.- INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 157.1 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO SOBRE SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DE PERMISOS DE SALIDA. 116

VIIº. 3.- REQUISITO DE AUSENCIA DE MALA CONDUCTA PARA LA CONCESION DE PERMISOS ORDINARIOS DEL ARTÍCULO. 47.2. DE LA L.O.G.P.. 117

VIIº. 4.- ASUNCION DE LOS COSTES DEL TRASLADO DE LOS EFECTOS PERSONALES DE UN INTERNO QUE DEBE ASUMIR LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA. 118

VIIº. 5.- CONDICIONES PARA LA LIBERTAD CONDICIONAL. REQUISITO DEL ABONO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO LOS INGRESOS DEL INTERNO SON INFERIORES AL MINIMO INEMBARGABLE. 119

VII. 6.- UNIFICACION DE DOCTRINA: INTERPRETACION DEL ARTICULO 45 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO. 120

I. INTRODUCCION.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las

garantías procesales, vino a colmar una laguna de nuestro ordenamiento generalizando la segunda instancia y ampliando el ámbito del recurso de casación a un amplio abanico de delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal. Las sucesivas y numerosas reformas del código penal de 1995 hacían necesaria la articulación de una vía por la que el Tribunal Supremo pusiera fin a la dispersión interpretativa que existía en torno a numerosos delitos que, salvo por conexión con otros más graves, no habían sido objeto de análisis por el más alto tribunal. Como recoge el preámbulo de la ley de reforma, "*actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias*".

De esta forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto por la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

La Ley 41/2015, de 5 de octubre, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2015, es aplicable a los procedimientos penales incoados con posterioridad a la misma (con independencia de la fecha de comisión del delito), y carece de efectos retroactivos sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha (DF 4.ª y DT única).

La presente Instrucción Interna tiene por objeto recoger las últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo unificando doctrina en determinados tipos delictivos en los que existían pronunciamientos diferentes de las Audiencias Provinciales a través del nuevo recurso de casación. Muchas de las resoluciones han sido expuestas en las Juntas de Fiscales celebradas en aras de mantener la unidad de criterio. Pero, al mismo tiempo, recojo otras que revisten el mismo interés o que han sido dictadas a raíz de los últimos acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda. Por esta razón se trata de un documento dinámico que se irá renovando o ampliando con la nueva doctrina que emane del Alto Tribunal. Los criterios sentados por el Tribunal Supremo sirven de precedentes tanto para la unidad de criterio del

Ministerio Fiscal, como para combatir las sentencias de los Juzgados de lo Penal, y, en su caso, los de la Audiencia Provincial con fundamento únicamente en la infracción de ley, único motivo por el que se regula el nuevo recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

II. NATURALEZA DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN.

La sentencia del Tribunal Supremo 210/2017, de 28 de marzo, fue la primera que se dictó tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resolviendo un recurso de casación contra una sentencia proveniente de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por un Juzgado de lo Penal. Con suma precisión destaca la naturaleza del nuevo recurso que ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores: "*Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación, pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona, pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24*".

En la misma línea se pronuncia la STS 421/2020, de 22 de julio: "*estamos ante la nueva modalidad casacional surgida de la reforma procesal de 2015. Cuenta ya con cinco años de rodaje. Con ella el legislador quiso dotar al Tribunal Supremo de una herramienta para que la función nomofiláctica, esencial a la casación, alcanzase también a los delitos competencia de los Juzgados de lo Penal. Pese a constituir el grueso de la estadística criminal tales infracciones no accedían ordinariamente a casación. Esa limitación impugnativa combinada con la promulgación de un Código Penal de nueva planta y sus casi constantes reformas había generado un campo bien abonado para la diáspora interpretativa entre los diversos órganos judiciales sin mecanismos aptos para la homogeneización, con merma de la seguridad jurídica y cierta erosión del principio de igualdad*".

III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS DE APLICACIÓN.

El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 09-06-2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, fijó los criterios básicos sobre el nuevo recurso de casación del artículo art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se recogen a continuación:

Primero:

a) *El art. 847 1º letra b) de la Lecrim. debe ser interpretado en sus propios términos*. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2°, 850, 851 y 852.

b) *Los recursos articulados por el art. 849 1° deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal* (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) *Los recursos deberán respetar los hechos probados*, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 Lecrim).

d) *Los recursos deben tener interés casacional*. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) *si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo*, b) *si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales*, c) *si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor*, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) *La providencia de inadmisión es irrecurrible* (art. 892 Lecrim).

Segundo:

> El art. 847 b) Lecrim debe ser interpretado en relación con los arts. 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. *En consecuencia, el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves*.

Aunque el objeto de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2018, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal es más amplio, al abarcar no solo al recurso de apelación sino también aspectos organizativos, las precisiones que la misma contiene respecto al concepto de normas sustantivas sirven al objeto de la presente instrucción respecto a la infracción de ley al ser un motivo común a los recursos de apelación y de casación.

Como precisa la Circular, "*son normas sustantivas penales las comprendidas en el CP y en leyes penales especiales (art. 9 CP) en cuanto definen los delitos, y las que se refieren a acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, personas responsables, circunstancias que eximen de responsabilidad, la atenúan o agravan, ejecución del delito y grado de participación, las penas y reglas para su aplicación, así como la responsabilidad civil derivada del delito y las costas procesales. Esta vía permite denunciar la vulneración de normas de carácter sustantivo que, aun no siendo penales, han de tomarse en consideración a la hora de resolver un asunto penal. Los supuestos prácticos son frecuentes cuando se invocan normas sustantivas integradoras de tipos penales parcial o relativamente en blanco, o bien normas puramente civiles fundamentadoras de la acción civil derivada del delito para la exigencia de responsabilidades civiles directas o subsidiarias*".

IV. ESPECIAL MENCION A LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

Se recoge en apartado específico el análisis de la verdadera naturaleza de los elementos subjetivos del delito (intención, propósito, ánimo...), en concreto, sobre si son un elemento de hecho o una inferencia, sobre su correcta ubicación en una sentencia penal, y los contornos jurídicos de su configuración. De la naturaleza que se les atribuya va a depender el cauce de su impugnación, y las facultades de control del Tribunal «ad quem». Es decir, si la intención con la que se comete la infracción penal se trata de un hecho o constituye una inferencia, repercute directamente en el lugar en donde deben ser alojados tales elementos en la sentencia (es decir, en los hechos probados o en la fundamentación jurídica de la misma), y, como consecuencia, en el propio cauce impugnatorio que les corresponde, pues es muy distinta la vía de

combatir a través del correspondiente recurso de apelación o casación, la consideración de la intención como un hecho más, o como el resultado de un juicio de inferencia.

En este sentido se ha producido una inflexión en la doctrina legal, de tal modo que, si bien tradicionalmente no se consideraba a los elementos subjetivos como un hecho, sino como una inferencia, recientemente, la Sala Segunda del TS se va decantando por entender que tales aspectos subjetivos son realmente un hecho**,** un hecho de naturaleza psíquica, no física. la jurisprudencia actual parece que se decanta porque el juicio de certeza esté integrado no solamente por hechos físicos acaecidos sino también por hechos jurídicos, es decir, inmateriales, pero que no por eso dejan de ser hechos, y entre ellos hay que citar la existencia del dolo en su doble concepción de prueba del conocimiento y prueba de la voluntad, de modo que expresiones como ánimo de matar, intención de engañar, etc., son hechos subjetivos que integran los elementos subjetivos del tipo penal concernido y cuyo lugar en el espacio de la sentencia es el correspondiente a su resultancia fáctica, bien que luego en la motivación deba constar la argumentación del por qué el Tribunal ha llegado a la aprehensión de tal prueba del conocimiento y voluntad (STS 461/2012, de 6 de junio).

En el mismo sentido la STS 355/2017, de 17 de mayo, reitera que "*dentro del espacio de los hechos probados deben integrarse tanto los hechos externos atribuibles a la actuación de sus protagonistas como la intención que animara a los mismos, es decir, el conocimiento y voluntad que concurrieron en sus autores; esta conciencia y voluntad son hechos psíquicos, pero esta naturaleza subjetiva o psíquica no les priva de su condición de hechos que deben estar incluidos en el "factum". Por lo tanto, las expresiones tales como "....intención de acabar con la vida ....", "....ánimo de lucro ....", u otras semejantes, deben estar situadas en los propios hechos probados como se ha dicho con reiteración por la Sala (SSTS 1245/2006, de 17- 11; 547/2006, de 18-5; 528/2007, de 28-5; 253/2007 de 26-3; 755/2008, de 26-11; 89/2009, de 5-2; y 436/2011, de 13-5)*".

Esta concepción de la naturaleza de los elementos subjetivos del delito hace difícil que prospere un recurso de apelación o casación por infracción de ley, pues no es lo mismo combatir el juicio de inferencia con fundamento en los hechos de carácter objetivo, que combatir la intención como si de otro elemento fáctico se tratara. Los estrechos límites que tiene el error en la valoración de la prueba en casación, la impugnación únicamente podría fundamentarse, desde el punto de vista de la acusación, en la vulneración de derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva a través del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como se ha expuesto, tratándose de un hecho, aunque sea de naturaleza psíquica, el recurso por infracción de ley exige el absoluto respeto a los hechos probados.

En apelación podría impugnarse a través del al error en la valoración de la prueba en los términos del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, también, por la infracción de precepto constitucional por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española.

Como recoge la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado, "debe considerarse legitimado al Ministerio Público para denunciar la vulneración de la tutela judicial efectiva, cuando no se tengan en cuenta por el Tribunal sentenciador pruebas pertinentes y de cargo esgrimidas por dicha parte" y relevantes para acreditar aquellos elementos subjetivos del tipo, o "cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento", supuestos que el Tribunal Constitucional ha venido a calificar, de forma muy expresiva, de "*de simple apariencia del ejercicio de la Justicia*" (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 2; 2/1997 de 22 de abril, FJ 2; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2). En ocasiones este motivo concurrirá igualmente con el error en la valoración de las pruebas, y, por esta razón, deben hacerse valer ambos motivos como prescribe la Circular citada.

Además, ha de tenerse en cuenta que es doctrina jurisprudencial también reiterada que los hechos probados pueden ser integrados por fragmentos de la fundamentación jurídica cuando favorezcan al acusado, pero no a la inversa. Como dice la STS 292/2020, de 10 de junio, "*hemos admitido la posibilidad de que los hechos probados sean complementados por constataciones de hecho formuladas de forma terminante en la fundamentación jurídica, pero hemos negado que el relato fáctico, en los elementos esenciales del delito que motiva la condena, pueda configurarse mediante afirmaciones fácticas surgidas de procesos argumentativos contenidos en la fundamentación jurídica (cfr. SSTS 21/2010, 26 de enero y 520/2012, 19 de junio y 862/2012, 31 de octubre, entre otras)*".

Para finalizar este apartado, la Circular 1/2018 de la Fiscalía General del Estado menciona algunos supuestos en los que el Tribunal "ad quem" puede revocar el fallo absolutorio por error sobre la concurrencia de elementos subjetivos, dictando sentencia condenatoria y sin necesidad de citar al acusado, cuando por no precisar una nueva valoración sobre la intención del mismo, se trate en realidad de supuestos de recursos por infracción de Ley. Las sentencias reseñadas en la circular citan ad exemplum, tres casos:

> 1) Si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena.
>
> 2) Cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico, sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo.
>
> 3) Cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la

ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Pero, como precisa la Circular citada, habrá supuestos en los que pueden plantearse dudas sobre si la discrepancia en cuanto a la vertiente subjetiva del caso es cuestión estrictamente jurídica o implica una modificación en la valoración fáctica. Por estas razones insta a los Sres. Fiscales a que en estos supuestos, subsidiariamente y ad cautelam, además de articular el recurso por infracción de Ley, interpongan también recuso por error en la valoración de la prueba y/o infracción de precepto constitucional, interesando subsidiariamente que para el caso de que el Tribunal "ad quem" no se considere competente para dictar sentencia sobre el fondo por resultar afectados los hechos probados, se proceda a la anulación de la sentencia de instancia y, en su caso, a la nueva celebración del juicio ante el Tribunal a quo. Consiguientemente, cuando lo que se pretenda sea modificar la vertiente subjetiva del comportamiento, con modificación de los hechos declarados probados, el motivo deberá articularse por la vía del error en la valoración de la prueba, y/o infracción de precepto constitucional y por ello, si lo que se pretende es revocar una sentencia absolutoria o agravar la condenatoria, la pretensión habrá de ser la de declaración de nulidad para propiciar un nuevo enjuiciamiento.

V. DOCTRINA LEGAL. DERECHO PENAL SUSTANTIVO.

Vº. 1.- SOBRE EL ARTÍCULO 383 DEL CÓDIGO PENAL.

Como antes se ha adelantado, la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo a través de la nueva vía casacional fue la número 210/2017, de 28 de marzo. Se sometía a consideración de la Sala Segunda el alcance del artículo 383 del código penal al considerar el recurrente que "*la negativa a realizar la segunda prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia, no puede ser subsumida en el delito del artículo 383 CP. Habiéndose sometido voluntariamente a una primera medición con etilómetro de precisión -que no de muestreo-, y no discutido ni impugnado el resultado de 1,02 mg/l, que determinó la condena por el delito del art. 379 CP,, resultaría contradictorio condenar además por la negativa del art. 383 CP al no haber realizado todas las pruebas previstas para la fijación de las tasas de alcoholemia*".

El Tribunal Supremo concluye en la precitada sentencia que la negativa a someterse a una segunda prueba de detección de alcohol en el aire expirado constituye en todo caso un comportamiento típico recogido en el artículo 383 del código penal: "*No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda*

medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art. 379 CP. La ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda espiración".

Y llega a esta conclusión a través del bien jurídico protegido con el citado precepto: el principio de autoridad. "*Desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. El bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. De forma indirecta se protege la seguridad vial. El art. 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada. En todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estarán afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial. Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol. Estaremos ante un delito del art. 383*".

Vº. 2.- SOBRE EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL. DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO.

En la STS 369/2017, de 22 de mayo, la Sala Segunda analiza la cuestión

relativa a si el delito de conducción de un vehículo a motor o ciclomotor «sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción» (art. 384, párrafo segundo, inciso último del Código Penal) es un delito de peligro abstracto que se consuma con la mera realización de la conducción referida o, sin embargo, exige que se haya producido un peligro real para el bien jurídico protegido, la seguridad vial.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con ocasión de la resolución de diversos recursos de revisión, había tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, determinando que nos hallábamos ante un delito de peligro abstracto. En el mismo sentido se había pronunciado la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales, y la Fiscalía General del Estado en la Circular 10/2011.

Esta postura mayoritaria no era la que mantenía la Audiencia Provincial de Toledo que consideraba necesario no solo la conducción sin permiso o licencia, sino también la generación de un plus de peligrosidad en los términos antes referidos con la finalidad de distinguir el delito de la simple infracción administrativa.

El Tribunal Supremo, después de relacionar las conductas que sanciona el precepto (a) la conducción de un vehículo de motor en los casos de pérdida de vigencia por pérdida total de puntos; b) la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial; c) la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción), así como la naturaleza de la conducta delictiva como de “peligro abstracto”, concluye afirmando que este delito “*no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción*”.

“*De la lectura de dicho precepto no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor. El riesgo abstracto para el bien jurídico protegido resulta, por consiguiente, de la conducción sin poseer la habilitación teórica y práctica y sin haberse comprobado las capacidades física y psíquica en el conductor, lo cual incrementa, como es natural, el riesgo para los demás usuarios de la vía, por sí peligrosa y causante de una alta siniestralidad, cuya reducción pretende la norma. No estamos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas, como la que es objeto de nuestra atención casacional, que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial. Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible. La Directiva 2006/126/CE exige a las legislaciones de los Estados de la Unión Europea unas mayores comprobaciones y requisitos en las pruebas*

previas de autorización de la licencia o permiso de conducción, que tienden a disminuir los riesgos de la conducción y sus consecuencias".

Vº. 3.- SOBRE EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL. CANJE FRAUDULENTO DEL PERMISO.

La STS 612/2017, de 13 de septiembre, también incide y reproduce los mismos argumentos de la anterior sentencia al rechazar uno de los motivos de impugnación del recurrente. Pero la particularidad de esta sentencia es la solución que da al supuesto en que el recurrente, cuando fue sorprendido conduciendo a pesar de tener cancelado su permiso de conducir español por pérdida de puntos, ostentaba un permiso de conducir portugués que había sido obtenido mediante canje, considerando la Sala que en dicho supuesto se estaba ante un fraude de ley como apreció la Audiencia Provincial al confirmar la sentencia del Juzgado de lo Penal.

El canje del permiso de conducir se regula a nivel europeo por la Directiva 91/439 del Consejo, de julio de 1991, junto a la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006. A su amparo puede obtenerse el canje del permiso de conducción para aquellas personas que residan más de medio año en otro Estado miembro de la UE, pero lo que no puede conseguirse es contar con dos permisos de conducir, uno caducado por pérdida de puntos, y otro perteneciente a país distinto del que se conduce cuando se es sorprendido sin vigencia por pérdida de puntos. "*Debe recordarse -afirma la sentencia- que lo que se imputa al acusado no es conducir sin permiso, situación en la que la titularidad del permiso portugués haría la conducta atípica, sino que se le acusa de conducir en España cuando media resolución firme de pérdida de vigencia del permiso de conducción, conducta típica que concurre en el caso que nos ocupa*". (…) "*No puede pretenderse por el hecho de detentar el referido permiso portugués mediante canje, al ser residente en el extranjero, ser de mejor condición que el resto de ciudadanos nacionales que tienen únicamente el permiso de conducir español; si pierde, como perdió, la vigencia del permiso de conducir en España no puede su conducta quedar impune, máxime teniendo en cuenta que el acusado conocía perfectamente cómo funciona el sistema de pérdida de vigencia, al habérsele retirado en dos ocasiones anteriores, y en esta tercera sencillamente se adelantó a la resolución de la Jefatura de Tráfico*".

Vº. 4.- SOBRE EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO PENAL. UNIDAD DE ACCION, DELITO CONTINUADO, CONCURSO REAL DE DELITOS.

Otra sentencia relevante y que fija doctrina respecto al delito de conducción sin permiso es la STS 670/2018, de 19 de diciembre. El interés casacional del recurso planteado versaba sobre la aplicación del delito continuado en esta figura delictiva. Interés que fue puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de informe en el recurso de casación, aunque no pudiera llegarse a una solución distinta a la que había alcanzado la Audiencia Provincial al haberse aquietado el Ministerio Fiscal con esta resolución. El recurrente había sido condenado por el Juzgado de lo Penal por dos delitos del artículo 384 porque interceptado una vez por agentes de la policía y comprobada la

pérdida de la licencia para conducir fue citado para la celebración de juicio rápido. Media hora después el acusado volvió a pasar por el mismo lugar conduciendo el mismo vehículo y nuevamente fue parado por los agentes de la policía. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia estimó parcialmente el recurso y le condenó como autor de un delito continuado contra la seguridad vial por conducción sin licencia.

La sentencia empieza analizando con citas jurisprudenciales si nos encontramos ante "unidad natural de acción" o ante diversas acciones que merecen una respuesta diferenciada: "En el caso enjuiciado, conducir *un vehículo de motor sin detenerlo, aunque se desarrolle esta acción durante un cierto espacio temporal, no puede ser conceptuado más que como una sola acción a efectos típicos*. Incluso las detenciones ocasionales -semáforos, retenciones, paradas fugaces, etc.- no alterarían este concepto. La acción es única a efectos penales. El núcleo del tipo, como concepto legal que define su acción (el que condujere - art- 384 del Código Penal-), no puede decirse que ha variado: estamos en presencia de una sola acción, incluso aunque se produzcan paradas intermitentes motivadas por el tráfico. Por tratarse de la conducción durante un espacio temporal, no podemos hablar de delito permanente, como categoría de aquella acción u omisión que infringe la norma de forma continua y ataca de igual modo el bien jurídico protegido, sin solución de continuidad y con proyección temporal indefinida, como puede tratarse en ciertos delitos paradigmáticos, como el de tenencia ilícita de armas, de explosivos, o el delito de detención ilegal o el secuestro de personas, o la pertenencia a banda armada. Distinto es el caso de los delitos afectados por los llamados conceptos globales, en donde el tipo penal describe conductas que no pueden ser consideradas aisladas en sí mismo, dada su descripción típica, sino que forman parte de un mismo delito, aunque sean varias las acciones naturales que componen ese concepto global de acción. Nos referimos a delitos como el blanqueo de capitales, o el tráfico de drogas, en donde la realización de varias acciones integra un solo delito, siempre, naturalmente, que tales acciones sean consideradas dentro de un componente espacio temporal reducido y alentado, de forma idéntica, por el mismo dolo del autor. Todo ello sin perjuicio de la respuesta punitiva que el Código Penal dispensa para las diversas acciones que están en posición de subordinación de medio a fin, esto es, constitutivas del denominado concurso medial, o de la causación de un hecho único que ocasiona diversos delitos, es decir, del concurso ideal pluriofensivo. Decíamos que cuando se trata de distintas acciones u omisiones que dan lugar a diversos delitos, la solución es aplicar una penalidad en conjunto a través de las reglas del delito continuado, si se cumplen los requisitos que se disciplinan en el art. 74 del Código Penal, o castigar cada uno de esos delitos separadamente, bajo las reglas del concurso real, con la limitación en todo caso del límite penológico establecido en el art. 76 del propio Código".

Ahora bien, y este es el argumento relevante para resolver la cuestión planteada, "para estar en presencia de varias acciones u omisiones que puedan responder a dichas reglas, se requiere, de todos modos, que el Estado no haya intervenido ejerciendo su "ius puniendi", en cualquiera de sus manifestaciones: bien porque se hayan realizado actos oficiales tendentes al

descubrimiento del delito, o bien por el propio enjuiciamiento de los hechos. Desde esta perspectiva, *la acción queda ya finalizada cuando esta fragmentación o ruptura se produce y el autor es objeto de una detención policial, se le dirige una imputación judicial o cuando ya es condenado por hechos de la misma naturaleza típica; del propio modo, cuando transcurra un tiempo significativo entre las acciones*".

Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado es evidente, y así concluye la sentencia, que nos encontramos ante dos acciones, puesto que la conducción o la conducta del acusado se interrumpió cuando fue objeto de una detención policial para investigar el delito de conducción sin permiso cometido. Partiendo de esta perspectiva la sentencia entra a analizar si nos encontramos ante un concurso de delitos a resolver por el artículo 73 o ante un delito continuado del artículo 74 del código penal. La Audiencia, considerando el cortísimo lapso temporal "entre ambos episodios punibles", razonó que las infracciones debían penarse en continuidad delictiva.

Pero como finalmente concluye la STS, "*por nuestra parte entendemos que esta solución puede ser mantenida en esta instancia casacional, habida cuenta de que no podemos resolver peyorativamente este recurso en contra de reo, ante el aquietamiento a esta solución propugnado por el Ministerio Fiscal. El cortísimo espacio temporal entre ambas acciones, apenas media hora, el aprovechamiento de la misma ocasión y el dolo unitario del autor, avala, excepcionalmente, la solución de la Audiencia. En cualquier otra circunstancia, la solución debería ser el concurso real*".

Vº. 5.- SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ARTÍCULO 379 DEL CODIGO PENAL.

La STS 390/2017, de 26 de abril, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la del Juzgado de lo Penal, no efectuó el pronunciamiento solicitado respecto a la responsabilidad civil contra el autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del código penal, con una interpretación del artículo 382 que no fue aceptada por el Tribunal Supremo al casar la sentencia de apelación. A juicio del Ministerio Fiscal recurrente, "*la obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, derivados de un delito de riesgo abstracto se derivan del art. 109-1º Código penal y 116*", así como que "*la regla concursal del art. 382 CP que establece que en caso de concurrencia de otro delito de resultado junto con el de riesgo abstracto, resolviendo el concurso con aplicación exclusiva del delito más gravemente penado, no debe ser interpretado en el sentido negativo de no efectuar pronunciamiento civil cuando el resultado dañoso sea atípico*". Igualmente invocaba la DA Tercera del código penal de 1995 y la Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011.

En esta sentencia el Pleno Jurisdiccional de esta Sala II por unanimidad compartió en su integridad la fundada argumentación del Ministerio Fiscal, materializando "*la función nomofiláctica de esta Sala Casacional, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, dando efectividad a los principios de*

igualdad ante la ley y seguridad jurídica sin los que no es posible un funcionamiento adecuado de la jurisdicción, principios de seguridad e igualdad cuya raíz constitucional es clara, estando específicamente consagrados en los arts. 9-3° y 14 de la Constitución", poniendo "*fin a la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales existentes en esta materia, así como de una litigiosidad incentivada por la imposibilidad --hasta ahora-- de una instancia superior que ponga fin a las controversias jurídicas, existentes entre las Audiencias Provinciales sobre cuestiones que nunca llegaban a esta Sala de Casación, lo que generaba desigualdad ante la ley e inseguridad jurídica, y, consecuencia de ello un injustificado incremento de la litigiosidad*".

El Pleno de la Sala Segunda, refleja, en primer lugar, que "*el art. 379 Cpenal, define un delito de riesgo abstracto, que se consuma exclusivamente por el peligro corrido, no exigiendo la realidad de daños o lesiones. Las barreras de protección están adelantadas. No obstante, en el caso de que se produzca un resultado dañoso, ya de daños materiales o corporales, el art. 382 Cpenal, cuyo origen se encuentra en el Cpenal de 1973, en concreto en el art. 340 bis c) se establece -- y se establecía-- el principio de absorción y mayor rango punitivo y en consecuencia solo se sancionaba la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso --frase que se mantiene en el actual art. 382 Cpenal-- al pago de la indemnización civil que se hubiera originado. Ello es -y era- obligado por aplicación de la normativa existente en relación a tales pronunciamientos civiles*".

Y, por los argumentos que recoge a renglón seguido concluye afirmando que "*salvo que el perjudicado se haya reservado la acción civil para ejercerla en esta jurisdicción --ex art. 109-2, lo que no es el caso de autos--, el ejercicio simultáneo de la acción penal y civil es la norma general de nuestro sistema penal. La exclusión de esta simultaneidad de ejercicio acordada por la autoridad judicial como ha ocurrido en el presente caso, sobre carecer de justificación admisible, provoca una evidente quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que obliga al perjudicado a un peregrinaje jurisdiccional, es decir, a acudir a la jurisdicción civil para solicitar lo que le negó la penal con los consiguientes perjuicios para las personas concernidas, y para el propio sistema jurisdiccional que se vería también, perjudicado con el incremento de una litigiosidad derivada de las correspondientes demandas de reclamación, cuando podían haberse resuelto en el proceso penal*".

Vº. 6.- RELACION CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE LOS ARTICULOS 379.2 Y 383 DEL CODIGO PENAL.

La STS 419/2017, de 8 de junio, resuelve el recurso de casación planteado por infracción de ley invocando la aplicación indebida del artículo 383 del código penal. A juicio del recurrente "no cabe la condena conjunta por los delitos comprendidos en los arts. 379.2 y 383 CP porque ello conculca el principio del non bis in ídem, ya que ambos delitos tienen el mismo principio jurídico protegido (sic). Difícilmente puede entenderse -argumenta la defensa- que el orden público es el bien protegido en el nuevo artículo 383 del Código Penal incluido en el capítulo dedicado a los delitos contra la seguridad vial, ya que no utiliza la palabra desobediencia e incluye además de la prisión de seis meses a

un año como pena específica, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años", citando al efecto diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales.

El alto Tribunal, después de analizar y rechazar que concurra el principio "non bis in ídem" por la diversidad de las conductas de ambos tipos y el diferente bien jurídico protegido, recordando a estos efectos la ya citada STS 210/2017, de 28 de marzo, concluye afirmando que "*la reforma del C. Penal por LO 15/2007 no ha conllevado una modificación sustancial del anterior art. 380, cuyo supuesto fáctico aparece ahora regulado en el art. 383. Se ha suprimido la referencia explícita al delito de desobediencia, tanto en lo que se refiere al nombre como en lo atinente a la remisión expresa al art. 556 del C. Penal, pero ello no implica que se haya dejado de conceptuar la conducta contemplada en el nuevo precepto como un delito específico de desobediencia. Tal posibilidad ha de descartarse dado que en la exposición de motivos de la nueva ley se especifica que se suprime el calificativo de delito de desobediencia por considerarlo innecesario, y no por tanto porque haya dejado de ser un delito de esa índole. A mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de alcoholemia determinado), no cabe entender que la negativa a la práctica de la pericia de alcoholemia se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas*".

Y, descartando también que se vulnere el principio de proporcionalidad al decantarse por el concurso real de delitos en lugar de un concurso de normas, que había sido remarcada tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, recoge también la sentencia que "*la suma de ambas penas y su exasperación en una mayor cuantía por un tipo penal que opera como instrumento se ha considerado por importantes sectores como una respuesta desproporcionada del legislador. Sin embargo, partiendo de la premisa incuestionable de lo complejo y difícil que resulta axiológicamente determinar cuál es la pena adecuada o proporcionada para un ilícito penal concreto, todo indica, a tenor de lo que se ha venido argumentando, que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, según se acredita mediante las cifras negras que reiteradamente publica la Dirección General de Tráfico. Tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los juicios en que se dirima una condena penal por el art. 379.2 del C. Penal. Fundamentos para ello no se puede negar que existan, por cuanto, al margen de las razones de prevención general, probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar, quedando así el resultado del proceso al albur de la eficacia de una prueba testifical que siempre podría diluirse en el tiempo, y que en todo caso siempre estaría sustancialmente reforzada con la pericia analítica de la tasa de alcohol que*

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

La Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial, haciéndose eco de las diferentes soluciones que había en las resoluciones de las Audiencias Provinciales, se inclinaba también por el mismo criterio. "*El delito del art 383 y el del art 379 son de todo punto autónomos entre sí y sus acciones están temporalmente diferenciadas. La absolución por el tipo del art 379 no impedía la condena por el delito del anterior art 380 (estos razonamientos en SSTS 192-2002 y 22-3-2002). En dos casos o supuestos de negativa a las pruebas legales, está dotado de una mayor gravedad de injusto aquél en el que además se ha conducido embriagado. La mayor sanción del art 383 se funda en las nuevas valoraciones del legislador sobre la gravedad del delito. Es preciso resaltar que las penas ahora impuestas son similares a las de las legislaciones de nuestro entorno (entre otros arts 186,187 CP italiano, 234 Code de Route Francés y art 11(2) RTA inglesa), rigiendo en ellas el principio de su compatibilidad con las de la conducción embriagado. La elevación de pena lo es, por tanto, a los solos efectos del art 383, sin que guarde ninguna relación con el régimen de concursos al que no se puede extrapolar. En el concurso real hay mecanismos para encontrar una pena proporcionada a la gravedad de los hechos. Así en el delito del art 383 la apreciación de la atenuante o eximente incompleta de embriaguez, cuando proceda, puede atemperar la pena. La eximente incompleta permite además la aplicación de medidas de seguridad (art 104) especialmente recomendables para los alcohólicos y bebedores habituales .En el art 379 se cuenta ahora tras la reforma de 2010 con la previsión del art 385 ter*".

Vº. 7.- SOBRE EL DELITO DEL ARTÍCULO 379.2 DEL CODIGO PENAL.

La STS 436/2017, de 15 de junio, resuelve la discrepancia del recurrente con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que le condenó por un delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 porque, a su juicio, "*no constituiría tal precepto recipiente adecuado para acoger sin distorsiones la conducta descrita en el hecho probado: un desplazamiento del vehículo tan solo unos metros marcha atrás constando un índice de 1,08 mg de alcohol por litro de aire espirado. Ese escaso recorrido (dos metros, según se especifica en la fundamentación jurídica recogiendo la hipótesis más favorable y a la vez congruente con el hecho probado que habla de metros, en plural), seria inidóneo para merecer reproche penal, precisamente por su falta de idoneidad*

para poner en peligro el bien jurídico -seguridad vial- que vertebra la tipificación penal. Elemento inherente a esa tipicidad sería incorporar una mínima peligrosidad potencial para ese objeto de tutela; peligrosidad ausente en el hecho enjuiciado".

Tres aspectos son dignos de reseñar de la presente sentencia. Una reflexión de carácter general, un segundo referido al análisis del artículo 372, y, finalmente, el concepto de la acción de "conducir" que se recoge en la conducta típica y que sirve de argumento para rechazar el recurso.

La primera es una referencia a unas palabras de la STC (Pleno) 161/1997, de 2 de octubre, que el ponente convierte en adecuado prólogo de su razonamiento reivindicando "*la legitimidad de un legislador penal riguroso a la hora de seleccionar las conductas relacionadas con el tráfico vial que han de activar la reacción penal: «la conducción de vehículos a motor es una actividad que puede poner en grave peligro la vida y la integridad física de muchas personas, hasta llegar a convertirse en la actualidad en la primera causa de mortalidad en un segmento de edad de la población española; de ahí que, como sucede con otras muchas actividades potencialmente peligrosas, resulte plenamente justificable que los poderes públicos, que deben velar en primerísimo lugar por la vida de los ciudadanos, supediten el ejercicio de esta actividad al cumplimiento de severos requisitos, sometan a quienes quieran desarrollarla a controles preventivos llevados a cabo por parte de las Administraciones Públicas y se anude a su incumplimiento sanciones acordes con la gravedad de los bienes que se pretende proteger*".

Este precedente sirve de introducción al análisis del artículo 379 y al desdoblamiento de la conducta que se produjo en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre: *a) De una parte, subsiste la modalidad clásica que ha sido objeto de numerosas acotaciones y acercamientos jurisprudenciales que la conceptúan como un delito de peligro hipotético ; peligro abstracto tipificado, según otra terminología. b) A su lado se ha introducido otra descripción típica: conducción por encima de una tasa objetivada. Para algunos es éste un tipo diferenciable; para otros una simple especificación de influencia presumida basada en datos científicos y experienciales. Esta figura está más cercana a lo que es un puro delito de peligro abstracto; de peligro legalmente presumido. En esta segunda configuración queda muy diluida, si no lisa y llanamente anulada, la cierta holgura que al aplicador del derecho le proporciona la necesidad de que el alcohol tenga influencia en la acción de conducir, según venía apostillándose con un discurso característico de los delitos de peligro hipotético. Es necesario en el tipo del art. 379.2 inciso inicial que las bebidas alcohólicas ingeridas repercutan en la conducción. Cosa diferente es que a partir de determinadas tasas pueda afirmarse que siempre existirá esa influencia -art. 379.2 inciso final- (es lo que en la jurisprudencia alemana se conoce como incapacidad absoluta para conducir). Aquí partimos de una conducta incluible en el inciso final del art. 379.2 lo que repercute sin duda, estrechándolo, en el marco de valoración del intérprete de la idoneidad en abstracto de la conducta para afectar al bien jurídico. Mas margen existiría en la primera modalidad*" (….) "*De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica*

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

Finalmente, y tras analizar el entorno normativo de la ley de tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial en torno a la noción del hecho de la conducción, afirma y concluye diciendo: "*que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir», es «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta). Y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta « conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia ». Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTS de 23 de septiembre de 1964 , 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico. La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de "conducir", (STS de 15 de octubre de 1986) . En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: "conducir: "1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio". La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. En este supuesto, además, concurre otro dato especialmente relevante. La idea inicial del autor no era mover ligeramente el vehículo. Había intención de realizar un trayecto más largo, intención que revierte por la presencia policial. Lo destaca*

también el informe del Ministerio Fiscal. Se puede afirmar con rotundidad que el autor había comenzado a conducir . El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción. La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas. En el supuesto ahora examinado se produce una conducción con una tasa superior a la objetivada pues se proclama un desplazamiento aunque sea escaso. Además, también es detectable, aunque no sería elemento imprescindible al superarse la tasa objetivada, un peligro hipotético. Este no exige que el riesgo se haya concretado ni que se compruebe a posteriori ; sino tan solo que sea imaginable en abstracto en un juicio ex ante. En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el artículo 379 CP, aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los 2 metros".

Vº. 8.- SOBRE EL DELITO DE RESISTENCIA DEL ARTÍCULO 556.1 DEL CODIGO PENAL.

El Tribunal Supremo aborda en la sentencia número 837/2017, de 20 de diciembre, el análisis del delito de resistencia del artículo 556.1 del código penal tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. La citada resolución, tras citar las STS 534/2016, de 17 de junio, o la 108/2015, de 10 de noviembre, afirma que la entrada en vigor de la reforma operada en la inicial ley sustantiva penal por efecto de la LO 1/2015 en lo que se refiere al delito del artículo 556 CP se compone de dos apartados: En el primero de ellos, parangonable con el precedente legislativo, las modalidades comisivas discurren por los mismos cauces y con similares contornos que en la anterior regulación. Así se incluyen los supuestos de resistencia y de desobediencia grave no abarcados por el artículo 550 CP. Este carácter residual debe entenderse formulado con relación a la resistencia, pues artículo 550 incluye como conductas nucleares la agresión, la resistencia grave o el acometimiento, comportamientos de marcado carácter activo y proyección violenta.

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

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

A modo de resumen concluye lo siguiente:

> *1) La resistencia activa grave sigue constituyendo delito atentado del art. 550 CP .*
>
> *En la nueva redacción del precepto se incluye como modalidad de atentado la resistencia grave, entendido como aquella que se realiza con intimidación grave o violencia.*
>
> *2) La resistencia activa no grave (o simple) y la resistencia pasiva grave siguen siendo subsumibles en el delito de resistencia art. 556 CP .*
>
> *Aunque la resistencia del art. 556 CP , es de carácter pasivo, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede, por ejemplo en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad.*
>
> *3) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra la autoridad supone un delito leve de resistencia.*
>
> *4) La resistencia pasiva no grave (o leve) contra agentes de la autoridad ha quedado despenalizada (y puede ser aplicable la LO. 4/2015 de 30.3, de Protección a la Seguridad Ciudadana).*

No obstante, la genérica afirmación de que el nuevo esquema de punición de estos delitos tras la reforma de 2015 no ha variado en lo que se refiere a los comportamientos nucleares ha de ser matizado. Precisamente la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas en el delito de atentado recoge las diferencias existentes en la redacción legal de esta figura delictiva antes y después de la reforma. En concreto, y este fue la cuestión elevada a consulta, la intimidación grave, autónomamente considerada y sin vinculación a acto alguno de resistencia, ha quedado al margen de la acción típica del delito de atentado, a salvo aquellos supuestos en los que, como los reflejados en la consulta, puedan considerarse actos de acometimiento.

Apreciación que, como recoge la consulta, es confirmada por la STS 445/2016,

de 25 de mayo, al apreciar que *la intimidación ha pasado a constituir un instrumento o mecanismo de entorpecimiento material (resistencia activa) al ejercicio de las funciones públicas*. En consecuencia, *la intimidación grave a la autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones no bastará por sí sola para integrar el delito de atentado si no lleva aparejada una resistencia activa a su ejercicio*.

Siendo relevantes a la hora de mantener la unidad de criterio en la actuación del Ministerio Fiscal se recogen a continuación las conclusiones de la precitada consulta:

> "*1ª La intimidación grave ha dejado de ser, tras la reforma operada por la LO 1/2015 una modalidad comisiva autónoma del delito de atentado.*
>
> *2ª La conducta de acometimiento, recogida como conducta típica en el art. 550.1 CP puede abarcar los supuestos de grave intimidación, cuando supongan un acto formal de iniciación del ataque o un movimiento revelador del propósito agresivo.*
>
> *3ª En el resto de supuestos para que la intimidación grave pueda subsumirse en el tipo del art. 550.1 CP debe orientarse a oponer resistencia grave a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, por lo que cuando no sea un modo de resistencia no será constitutiva de delito de atentado.*
>
> *4ª Los supuestos en los que la intimidación no sea equiparable al acometimiento podrán ser constitutivos de un delito de amenazas.*
>
> *5ª Los Sres. Fiscales, como calificación alternativa, cuando se aprecie que la intimidación es susceptible de integrar el acometimiento y por tanto el delito de atentado, incluirán, si existen dudas sobre la correcta subsunción, la calificación como delito de amenazas del art. 169 CP o, en su caso, como amenazas terroristas del art. 573 CP, a fin de sellar espacios de impunidad. Esta misma pauta será aplicable cuando se califiquen los hechos como atentado en su modalidad de intimidación grave con resistencia grave y existan dudas en la subsunción de la conducta.*
>
> *6ª La protección dispensada a los sujetos pasivos comprendidos en el art. 554 CP, no puede ser superior a la de los del art. 550 CP, por lo que, en todo caso, para calificar de atentado, será preciso que concurran las conductas previstas en este último precepto*".

Vº. 9.- INTERPRETACION DEL DELITO DE ATENTADO CUALIFICADO POR EL USO DE ARMAS O INSTRUMENTOS PELIGROSOS DEL ARTÍCULO 551.1 DEL CÓDIGO PENAL.

Antes de entrar en el análisis de la sentencia que aborda esta cuestión conviene recordar el anterior razonamiento de la Circular 1/2017, de 14 de junio, sobre las acciones típicas del delito de atentado y la incidencia de la reforma del código penal llevada a cabo por la LO 1/2015. Como antes he reflejado, la consulta recoge que la intimidación grave, autónomamente considerada y sin vinculación a acto alguno de resistencia, ha quedado al margen de la acción típica del delito de atentado, a salvo aquellos supuestos en los que, como los reflejados en la consulta, puedan considerarse actos de acometimiento.

El apartado 2 de la Consulta aborda precisamente aquellos actos de acometimiento que a su vez pueden ser actos de intimidación graves. Así, precisa la Consulta, "*puede afirmarse que ambas modalidades, lejos de constituir compartimentos estancos, en algunas ocasiones confluyen y se yuxtaponen, a través de la consolidada doctrina jurisprudencial de la parificación entre ellas. Acometer, en su acepción principal según la RAE, supone embestir con ímpetu y ardimiento y en otras acepciones emprender, intentar y decidirse a una acción o empezar a ejecutarla. Equivale a agredir, siendo suficiente que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegara a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente (SSTS nº 580/2014, de 21 de julio; 672/2007, de 19 de julio y 309/2003, de 15 de marzo), calificando el atentado como delito de pura actividad, de forma que, aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, tal delito se consuma con el ataque o acometimiento (SSTS nº 652/2004 de 14 de mayo y 146/2006 de 10 de febrero)*".

A modo de conclusión –recoge la Consulta- "*cabe entender que los supuestos de grave intimidación, configurada como el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño, provocando una coacción anímica intensa, en su doble configuración jurisprudencial de mero acto formal de iniciación del ataque o de movimientos reveladores del propósito agresivo, suponían en la legislación derogada actos de acometimiento*" (….), y, en consecuencia, "*la conducta de acometimiento, recogida como conducta típica en el nuevo texto, incluye los supuestos de grave intimidación cuando la misma cumpla con los requisitos jurisprudenciales aludidos, es decir, cuando supongan un mero acto formal de iniciación del ataque o de movimientos reveladores del propósito agresivo*", debiendo "*descartarse la interpretación que defiende que solo puede ser atentado la intimidación grave como modo de resistencia activa grave"*, poniendo como ejemplo la intimidación consistente en encañonar a un agente con un arma, sin que sea necesario que vaya acompañada de resistencia grave. Como declara la reciente STS 338/2017, de 11 de mayo, el "*acometimiento se parifica con la grave intimidación, que puede*

consistir en un mero acto formal de iniciación del ataque o en un movimiento revelador del propósito agresivo".

La STS 342/2020, de 25 de junio, aborda y sienta doctrina en una cuestión estrechamente relacionada con el anterior punto. Se trata del alcance que ha de darse al término "haciendo uso de armas" contemplado en el tipo agravado del atentado del artículo 551.1 del código penal, para precisar si se exige la acción de disparar, o el mero hecho de exhibirla o apuntar con ella contempla la aplicación del citado precepto tras la reforma del código penal por la LO 1/2015. Aunque la sentencia termina por no aplicar el precepto al no constar las características del arma y, en consecuencia, si podía tener o no la consideración de instrumento peligroso, es trascendente y fija doctrina en relación con la cuestión expuesta. Además de instar a que se haga un esfuerzo descriptivo en el factum con la prueba practicada especificando si el instrumento utilizado es o no un arma como objeto peligroso o una mera simulación, la sentencia fija doctrina diciendo, por los argumentos que expone, que, si el objeto utilizado era un arma como instrumento peligroso, "*la mera exhibición atraerá la aplicación del subtipo agravado*".

Pero, además, "e*n los casos en los que se describa que lo utilizado fue un arma real no hay absorción de la conducta de encañonar el arma con el atentado del art. 550 CP. No cabe hablar de absorción de la conducta del uso de armas en el hecho mismo del acometimiento mediante la "intimidación grave" por la que opongan resistencia grave a los agentes de la autoridad que se hallan en el ejercicio de sus funciones, ya que supone desconocer el juego y naturaleza de los subtipos agravados, ya que recordemos que el art. 551 CP lo que hace y refiere es aplicar la pena superior en grado "siempre que el atentado se cometa... haciendo uso de armas..."*.

La sentencia compara la redacción que tenía el artículo 552 y la que tiene actualmente su equivalente el artículo 551 tras la reforma, recogiendo la jurisprudencia que se había dictado en aplicación del primero y que se vería afectada por la nueva interpretación.

Frente al antiguo artículo 552.1 que establecía la agravación de la pena en el delito de atentado "*si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso*", el actual artículo 551.1 exaspera la pena a la superior en grado si el atentado se comete "*haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos*".

Como recoge la sentencia analizada, la redacción del artículo 552 derogado: a.- Circunscribía el subtipo agravado al atentado por acometimiento. b.- No lo permitía en el atentado intimidatorio o resistencia grave c.- Excluía la mera exhibición del arma en el atentado intimidatorio.

Sin embargo, el legislador quiso cambiar esta doctrina y lo hace mediante el cambio de ubicación y una redacción que "separa" el subtipo de una modalidad del atentado concreta, para abrir el abanico a todas ellas, y no solo a las de agresión o acometimiento, no siendo preciso que existan estos para que pueda aplicarse la agravante, lo que admite que el mero "uso", que es lo que exige el subtipo agravado, sin mayor adición, pueda permitir aplicar la agravante, como ha realizado la Audiencia Provincial.

En apoyo de esta tesis cita la STS 113/2018, de 12 de marzo, que, resolviendo un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, señaló: ""*El artículo 552 CP, en la redacción vigente al tiempo de los hechos, preveía la pena superior en grado a las previstas en el artículo 551, si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso. La agravación quedaba, pues, limitada a los casos en los que el atentado consistiera en una agresión, sin que fuera aplicable cuando estuviera constituido por actos de intimidación grave o de resistencia activa también grave (STS nº 664/2010, de 4 de junio). La Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal, ha introducido una nueva redacción, según la cual, la agravación tiene lugar, imponiendo la pena superior en grado, cuando el atentado se cometa haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos. En la medida en que no es una redacción más beneficiosa no es aplicable a los hechos enjuiciados en esta causa*".

Vº. 10.- INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL: CLASIFICACION DE LOS DELITOS EN RELACION CON LA PENA ASIGNADA. PENAS CONJUNTAS Y ALTERNATIVAS. DURACION DE LAS PROHIBICIONES DE APROXIMACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LA VICTIMA.

Dos aspectos de igual relevancia son abordados por la STS 392/2017, de 31 de mayo. La interpretación del artículo 13 en relación con las clases de delitos en función de la pena que éstos tienen asignadas, y, por extensión, la naturaleza de las infracciones que tienen aparejadas penas conjuntas o alternativas. Y, en segundo lugar, la vinculación de las penas accesorias de prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, a la gravedad del delito y no de la pena que finalmente se imponga en la sentencia.

Sobre la primera cuestión aduce el recurrente que *"si una pena menos grave, cuando resulte degradada hasta el límite de imponerse en una extensión que esté dentro del marco penológico correspondiente a las penas leves (art. 33.4 del Código Penal), entraña una modificación de la naturaleza de la infracción penal, en el sentido de que deba entenderse que los hechos sancionados tienen la consideración de delito leve*".

La interpretación propugnada venía propiciada por la reforma de la LO 1/2015 y la supresión del inciso final que contenía el artículo 71.1 del código penal. Expresamente se recogía que "en la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta". Como razona la sentencia "*el legislador elude de este modo un posicionamiento expreso -positivo o negativo- sobre si la degradación de la pena permite entender que los hechos sancionados revisten la menor gravedad que justifica que se les aplique el tratamiento punitivo especializado que se ha previsto para los delitos leves o, por el contrario, se mantiene que los hechos contemplados como delitos leves y los que el legislador define como delitos menos graves, presentan una diferenciación sustantiva que impide su comunicación, por más que todas las infracciones penales que no han resultado despenalizadas con la eliminación de las faltas,*

merezcan ya la consideración de delito".

La doctrina que fija la sala, desestimando la pretensión del recurrente es que "*toda previsión abstracta del tipo penal se realiza desde la evaluación por el legislador del modo en que puede desarrollarse el ataque al bien jurídico que la norma penal protege y evaluando además el daño que determinadas acciones u omisiones pueden infligirle. Es esa contemplación general la que determina el régimen de persecución y punición que la norma establece para tales conductas, y la extensión de la pena no modifica esa consideración, sino que es la manifestación más visible del reproche penal que el legislador asigna al delito. De este modo, cuando el artículo 13 del Código Penal asocia la gravedad de la infracción penal, con la escala de gravedad de la pena que esté prevista para el delito (art. 33 del mismo texto punitivo), la referencia que el legislador establece para evaluar la gravedad del delito, no es la pena que resulte finalmente impuesta por los hechos que se enjuician y sancionan, tal y como el recurrente pretende hacer ver con su recurso, sino la pena con la que la infracción penal es castigada por la ley, esto es, la inicialmente prevista, en consideración abstracta. Dicho de otro modo, la particular naturaleza de la acción u omisión sancionada en el Código Penal y su capacidad de atentar contra el bien jurídico, es lo que determina la gravedad de la infracción y, con ello, el conjunto de instrumentos que el Estado puede y debe desplegar para el adecuado reproche y la ajustada corrección de cualquier conducta que le haga referencia*" (…). "*Resulta así que los condicionantes normativos anteriormente referidos, cuando conducen a una degradación de la pena prevista para un tipo penal, no modifican la naturaleza de la infracción, por más que la sanción atenuada venga a ubicarse en distinta e inferior escala de las contempladas en el artículo 33 del Código Penal*".

No obstante, al haber sido condenado por el recurrente por el artículo 171.6 la Sala se plantea y aborda la consideración del tipo penal previsto en el artículo como una simple regla atenuatoria o como un subtipo privilegiado, cuestión que no era ajena a la doctrina de la Sala al haber contemplado supuestos semejantes como auténticos subtipos atenuados. Este punto le sirve a la Sala para examinar y sentar doctrina sobre otro aspecto controvertido después de la reforma de la LO 1/2015: la naturaleza de los delitos que conjunta o alternativamente tengan asignada una pena menos grave junto a otra que tenga la consideración de leve.

El problema fue abordado por la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado que llegó a la conclusión de que "*en caso de coexistir penas leves y menos graves en un mismo tipo penal el delito será considerado menos grave*", y "*cuando la correspondiente figura penal dispone las penas como alternativas la solución no debe ser distinta: la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la que se solicite o imponga*".

Y este es el mismo pronunciamiento que proclama por unanimidad la Sala Segunda del Tribunal Supremo en la sentencia analizada. "*La norma recogida en el artículo 13.4 del Código Penal , no es sino una regla especial para la determinación de la naturaleza de la infracción penal, en aquellos exclusivos*

supuestos en los que la pena, por su extensión, no puede categorizarse conforme con las reglas expresadas en el artículo 33 del Código Penal . Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación, justifica la regla complementaria que analizamos. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta (bien por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como acontece en el artículo 405 del Código Penal; bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, como el que nos ocupa), la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del Código Penal, conduce a la aplicación de unas reglas generales que resultan perfectamente claras al respecto: cuando la infracción penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene también aparejada al delito, y éste sólo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve. Una extensión de la regla especial a supuestos distintos de los que la norma penal contempla, no sólo contradice los principios inspiradores de la regla general, pues desvincula la naturaleza del delito, de la gravedad que el legislador ha atribuido a la conducta típica, sino que introduciría además una profunda ruptura en los principios de definición y estabilidad que rigen las normas atributivas de la competencia, dado que supondría que un órgano de instrucción pudiera llegar a imponer -conjunta o alternativamente- una pena menos grave en enjuiciamientos sin conformidad (contrariamente al criterio de gravedad de la pena que apuntan los artículos 14.1 , 14.3 y 14 Bis de la LECRIM , en su redacción dada por la Ley 41/2015) o -de adverso- resultaría forzado a declinar su competencia cuando, en las conclusiones definitivas, se modificara la pena leve peticionada inicialmente, por una pena alternativa menos grave; lo que contradice las reglas de competencia constante e invariable que refleja el inciso último del artículo 783.2 de la LECRIM , así como en el artículo 800.1 de la misma ley".

La última cuestión que aborda la Sala y que se ha adelantado al comienzo es el relativo a la duración de las prohibiciones de comunicación o aproximación a la víctima deben asociarse a la naturaleza del delito (grave o leve), o, por el contrario, deben asociarse a la gravedad de la pena finalmente impuesta como principal.

El fundamento jurídico séptimo de la sentencia zanja la cuestión proclamando que "*como bien indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, las prohibiciones contempladas en el artículo 57 del Código Penal , ubicado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro I del C.P. bajo la rúbrica " De las penas accesorias", es una pena accesoria impropia. No sólo es una pena accesoria cuya extensión, excepcionalmente, no está vinculada a la duración de la pena principal (art. 33.6 y 57 del Código Penal), sino que también, a diferencia del resto de penas accesorias reguladas en la misma sección, no se trata de restricciones inherentes a la imposición de otras sanciones, sino que su aplicación deriva de la condena por determinados delitos. En consecuencia, partiendo de que el delito perpetrado ha de considerarse menos grave y que su*

naturaleza no muta ante la posibilidad de que el juez haya rebajado las penas principales en un grado y haya impuesto finalmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un tramo correspondiente a pena leve, resulta correcta la decisión de la Audiencia Provincial de aplicar el art. 57-2 en relación al art. 57-1 del C.P, desechando la norma del 57.3 del Código Penal, por venir únicamente prevista para los delitos leves".

Vº. 11.- INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 153 DEL CODIGO PENAL RESPECTO DE LA POSIBILIDAD DE IMPONER LAS PENAS DE PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN Y APROXIMACIÓN A LA VÍCTIMA EN LOS SUPUESTOS DE MALTRATO DE OBRA.

La STS 342/2018, de 10 de julio, aborda, por su interés casacional, si en el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153.1 CP la pena de prohibición de aproximación debe ser impuesta de forma imperativa por tratarse de una infracción comprendida en el apartado segundo del artículo 57 CP como postulaba el Ministerio Fiscal recurrente.

La Sala concluye estimando el recurso del Ministerio Fiscal después de realizar un análisis de las distintas reformas del código penal: "*el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de* aproximación". Aunque "*el artículo 57.2 CP solo contempla como de imposición obligatoria la prohibición de aproximación a la víctima, que es la pena contemplada en el artículo 48.2 CP, pero, impuesta esta, tal y como señala el Ministerio Fiscal, y valorando asimismo la naturaleza de los hechos, se estima razonable y proporcionado, al amparo del párrafo primero del artículo 57 CP, imponer igualmente la prohibición de comunicación que también acordó en su momento el Juez de lo Penal*".

Entre los argumentos que utiliza la sentencia merece destacarse el que se recoge a continuación. "*Cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical - apegado, por otra parte, al texto del art. 147.1 y 2 CP (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»)-, porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal. De no entenderlo así, no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del art. 138 CP); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que el art. 57.1 CP se refiere a «delitos contra el patrimonio». Cabe aquí reiterar que, tras la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, «De las lesiones») se incluyen las tres infracciones a las que ya hicimos referencia. Entre ellas, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras las reforma, es un delito «de lesiones», que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto*".

Vº. 12.- SUBTIPO HIPERAGRAVADO DE HURTO DEL ARTICULO 235.1.7 DEL CODIGO PENAL.

La STS 481/2017, de 28 de junio, fijó doctrina respecto a la figura hiperagravada del delito del hurto del artículo 235.1.7 del código penal en relación con el artículo 234.2. Si la cuantía del hurto no excedía de 400 euros el delito tiene la consideración de leve y es sancionado con la pena de multa de uno a tres meses, salvo que concurra alguna de las circunstancias del 235.

Este artículo fija una pena de uno a tres años de prisión, entre otros supuestos, "cuando al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo".

El recurso fue interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que revocó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que había condenado por el tipo hiperagravado de hurto del 235.1.7, y condenó por un delito intentado de hurto del artículo 234.1. El valor del objeto sustraído no alcanzaba los 400 euros. El Juzgado de lo Penal había aplicado el supuesto agravado con fundamento en las condenas anteriores por delitos leves. La Audiencia en una solución salomónica descarta aplicar el tipo hiperagravado, al ser el delito cometido un delito leve, pero reconduce la condena al tipo básico del artículo 234.1 precisamente por concurrir la agravante específica del número 7 del artículo 235.1. A juicio de la Audiencia se produciría una vulneración del principio non bis in ídem si, además, se aplicara este último artículo.

La Sala da la razón al Ministerio Fiscal en dos de sus argumentos. Por un lado, al afirmar que "la mera interpretación gramatical de los mismos para concluir que la modalidad agravada contenida en el artículo 235.1.7° del Código Penal se aplica tanto cuando el valor del objeto sustraído supera los 400 euros como cuando, como en el caso de autos, su valor es inferior a dicha suma. El valor del objeto sustraído es indiferente: cuando estemos ante la circunstancia de multirreincidencia descrita en el artículo 235.1.7° se aplicará la pena prevista en dicha disposición". Y, en segundo lugar, en cuanto a la solución a la que llega la Audiencia con la particular interpretación del ne bis in ídem.

Sin embargo, la Sala no asume el motivo principal alegado por el Ministerio Fiscal y llega a una solución contraria con fundamento en el concepto de reincidencia y en el principio de proporcionalidad, sentando la siguiente doctrina: "*para interpretar los* arts. 234 *y* 235 del C. Penal *en un sentido que resulte congruente el* concepto de multirreincidencia *con el concepto básico de reincidencia y que se respete al mismo tiempo el principio de proporcionalidad de la pena, ha de entenderse que cuando el texto legal se refiere a tres condenas anteriores éstas han de ser por delitos menos graves o graves, y no por delitos leves. Y ello porque ése es el criterio coherente y acorde con el concepto básico de reincidencia que recoge el Código Penal en su parte general, y porque, además, en ningún momento se afirma de forma específica en los arts. 234 y 235 que las condenas anteriores comprendan las*

correspondientes a los delitos leves".

Ahora bien, la Sala estima el recurso de casación, "aplicando el principio de legalidad" y, revocando la sentencia de la Audiencia Provincial, condena al acusado como autor de un delito leve de hurto en grado de tentativa.

La sentencia contó seis votos particulares que compartían el motivo invocado por el Ministerio Fiscal. De las opiniones discrepantes merece destacar el séptimo de los fundamentos del voto particular al referirse a aspectos procesales ajenos a la doctrina sentada respecto del delito de hurto: "*No puede concluirse la discrepancia sin destacar que la sentencia de la mayoría supedita la prohibición de la reformatio in peius al principio de legalidad cuando opere in favor rei, eludiendo que los principios procesales estructurales básicos también forman parte de la legalidad. De encumbrarse la legalidad sustantiva pro reo hasta convertirla en un axioma ante el que debe supeditarse cualquier principio procesal (preclusión; impugnabilidad; seguridad jurídica que impone la firmeza en un determinado momento de toda decisión judicial; tutela judicial efectiva de las partes activas del proceso; principio de contradicción), se echarían al traste instituciones procesales imprescindibles para un ordenado régimen que salvaguarde la seguridad jurídica y el principio de contradicción, que también comportan exigencias respecto de las partes acusadoras. La sentencia, sin ni siquiera haber dado ocasión al Fiscal de argumentar frente a una exégesis no alegada ni sugerida por nadie (art. 897 LECRIM), incurre en la paradoja de, como consecuencia de la sólo nominativa estimación del recurso del Fiscal, dictar una segunda sentencia que dista de la pretensión reclamada todavía más que la sentencia que se impugna. Hay otras fórmulas de encauzar supuestos como éste (art. 902 LECrim), sin maltratar un principio procesal tan esencial como es la prohibición de la reformatio in peius. De ser coherentes con esa primacía absoluta e inmatizada del principio de legalidad, que no cuenta con precedentes, la interposición de un recurso por parte de cualquier acusación, no solo nos permitiría, sino que nos obligaría, a una fiscalización absoluta de la sentencia para indagar sobre posibles errores no alegados que, sin embargo, pudieran beneficiar a las partes pasivas para, estimando el recurso y sin posibilidad de contradicción por parte de la acusación, revisar la sentencia incluso en contra de los intereses del recurrente*".

En cualquier caso, la duda que podía suscitarse sobre la posibilidad de transformar un delito leve en un delito menos grave del artículo 235.1.7 que se planteaba en el voto particular quedó despejada en la STS 550/2019, de 12 de noviembre. El recurrente, que había sido condenado por el tipo hiperagravado de hurto ascendiendo el valor de lo sustraído a 340 euros, consideraba desproporcionada la pena atendiendo al valor del objeto y alegaba vulneración del principio non bis in ídem reproduciendo los argumentos de la STS 481/2017. *Sin embargo, el TS rechaza el recurso al constatar que el acusado al cometer aquel delito leve había sido condenado en siete ocasiones, las tres últimas por delitos menos graves de hurto*.

Vº. 13.- DELITO DE HURTO: VALORACION DE LOS EFECTOS SUSTRAIDOS. PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

La STS 327/2017, de 9 de mayo, aborda el problema de la inclusión del importe del IVA en la determinación del valor del objeto sustraído. Los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales eran contradictorios. Así, un sector de Audiencias Provinciales, por ejemplo, Valencia, sección segunda, sentencia 295/2010 de 30 abril, argumenta que conforme a los arts. 4, 8 y 9 de la Ley 37/1992 del IVA, la sustracción de un objeto no tiene la consideración de entrega de bien susceptible de constituir hecho imponible del impuesto. Si no se produce venta, no hay hecho imponible generador de la obligación de pago del impuesto. La indemnización que cobre la empresa perjudicada por una sustracción no tiene la condición de hecho imponible por lo que no podrá exigir de quien la abone el pago de la cantidad correspondiente a IVA. Además, si se entendiera que el IVA forma parte de la cuantía de lo sustraído o del valor de lo hurtado consumada la sustracción, de no ser posible la restitución de lo hurtado, la reparación del perjuicio supondría la condena del sustractor al pago del precio de la cosa más el importe del IVA cuando el vendedor no vendría obligado a ingresar ésta última cantidad a la Hacienda Pública -por ausencia de hecho imponible-. Esto provocaría un enriquecimiento indebido a favor de la vendedora o, si ésta lo declarara como IVA repercutido, a favor de la Hacienda Pública.

La Sala, tras citar varias sentencias del propio Tribunal Supremo (STS. 360/2001 de 27 abril, y STS 1015/2013, de 23 de diciembre), y el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional número 72/2008, de 26 de febrero, que rechazó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por algunas Audiencias sobre la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fija doctrina estableciendo "*que el valor de lo sustraído en establecimiento comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, las costas de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares) el impuesto General Indirecto Canario (IGIG), en las Islas Canarias y el impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla*".

Este era el criterio que había acogido la consulta 2/2009 de 21 diciembre, de la Fiscalía General del Estado, citada en la propia sentencia, acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 LECrim, debe excluirse del importe del IVA del valor total del precio de venta al público. La Consulta conceptuó tal párrafo segundo como criterio de valoración (conclusión segunda) y mantuvo (conclusión tercera) que la locución "precio de venta al público" debe interpretarse "como la cantidad que él adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la

mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en el territorio de aplicación del Impuesto (península y Baleares) y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIG) y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla respectivamente.

Vº. 14.- DELITO DE "STALKING" O ACOSO DEL ARTICULO 172 TER DEL CODIGO PENAL. DOCTRINA SOBRE SUS REQUISITOS.

La STS 324/2017, de 8 de mayo, analiza por primera vez el delito de "stalking" o acoso introducido en el artículo 172 ter del código penal por el número noventa y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El recurso fue interpuesto por la representación de una víctima de violencia de género frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que había confirmado la del Juzgado de lo Penal por un delito de coacciones en el ámbito familiar. El Ministerio Fiscal informó a favor de la inadmisión del recurso por falta de interés casacional. No obstante, el ponente, aun comprendiendo la objeción del Fiscal, entendió que procedía la admisión del recurso al considerar presente un "no desdeñable interés casacional" por estar ante una norma penal en fase de rodaje: "Siendo cierto que nos enfrentamos a una materia a resolver caso por caso, eso no priva de relieve doctrinal a la cuestión pues, también caso por caso, se pueden ir tejiendo unos trazos orientativos que vayan conformando los contornos de esa tipicidad en la que se echa de menos la deseable, aunque a veces no totalmente alcanzable, taxatividad. Es verdad -y en ello coincidimos con las apreciaciones del Fiscal- que del examen del caso concreto sometido a censura casacional no puede surgir una acotación precisa y completa de los linderos de esa tipicidad, salvo que caigamos en un ejercicio de academicismo disertando sobre esa nueva figura penal, lo que no es propio de un recurso penal. Este recurso especial, como los demás, no abdica de su vocación de resolver un supuesto concreto que no puede convertirse en mera coartada o excusa para teorizar o glosar preceptos legales más allá de lo que exija la resolución del caso. Un obiter dictum seguirá siendo un obiter dictum aunque aparezca en una sentencia de esta naturaleza. Pero sí podemos y debemos resolver en el caso concreto si la conducta descrita, también con sus pormenores, encaja en el precepto tal y como sugiere la recurrente que reclama su apreciación; o, por el contrario, está huérfana de algunos de los requisitos típicos, tal y como han entendido el Jugado de lo Penal y, posteriormente, la Audiencia Provincial al resolver la apelación. Con esa decisión, precedida de un examen de la cuestión, ni se dará respuesta a la rica y casi infinita casuística que podríamos imaginar en relación con tal norma, ni se zanjará la discusión sobre la significación exacta de algunos de los conceptos que maneja el precepto (*reiteración, insistencia, alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana*); pero sí se pueden aportar algunas pautas orientadoras que iluminen a la hora de enjuiciar otros supuestos que nunca serán iguales pero pueden presentar semejanzas".

El supuesto de hecho sometido a examen consistió, resumidamente en la sentencia, “en cuatro episodios que aparecen cronológicamente emparejados (dos y dos). Cada uno presenta una morfología diferenciada. No responden a un mismo patrón o modelo sistemático. Sugieren más bien impulsos no controlados con reacciones que en algunos casos por sí mismas y aisladamente consideradas no alcanzan relieve penal; y en otros tienen adecuado encaje en otros tipos como el aplicado en la sentencia”.

No se desprende del hecho probado una vocación de persistencia o una intencionalidad, latente o explícita, de sistematizar o enraizar una conducta intrusiva sistemática (persecución, reiteración de llamadas...) capaz de perturbar los hábitos, costumbres, rutinas o forma de vida de la víctima. Son hechos que, vistos conjuntamente, suponen algo más que la suma de cuatro incidencias, pero que no alcanzan el relieve suficiente, especialmente por no haberse dilatado en el tiempo, para considerarlos idóneos o con capacidad para, alterar gravemente la vida ordinaria de la víctima.

En este sentido precisa la sentencia, “*la reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso. La reiteración puede resultar de sumar acercamientos físicos con tentativas de contacto telefónico, por ejemplo, pero siempre que se trate de las acciones descritas en los cuatros apartados del precepto. Algunas podrían por sí solas invadir la esfera penal. La mayoría, no. El delito de hostigamiento surge de la sistemática reiteración de unas u otras conductas, que a estos efectos serán valorables aunque ya hayan sido enjuiciadas individualmente o pudiera haber prescrito (si son actos por sí solos constitutivos de infracción penal). El desvalor que encierran los concretos actos descritos (llamadas inconsentidas, presencia inesperada...) examinados fuera de su contexto es de baja entidad, insuficiente para activar la reacción penal. Pero la persistencia insistente de esas intrusiones nutre el desvalor del resultado hasta rebasar el ámbito de lo simplemente molesto y reclamar la respuesta penal que el legislador ha previsto*”.

Además, “*se exige implícitamente una cierta prolongación en el tiempo; o, al menos, que quede patente, que sea apreciable, esa voluntad de perseverar en esas acciones intrusivas, que no se perciban como algo puramente episódico o coyuntural, pues en ese caso no serían idóneas para alterar las costumbres cotidianas de la víctima*”.

El recurso es desestimado porque “*globalmente considerada no se aprecia en esa secuencia de conductas, enmarcada en una semana, la idoneidad para obligar a la víctima a modificar su forma de vida acorralada por un acoso sistemático sin visos de cesar. El reproche penal se agota en la aplicación del tipo de coacciones*”.

Es exigible, según tenor de la sentencia, un resultado “*un tanto vaporoso*”, pero necesario: la “*alteración grave de la vida cotidiana* (que podría cristalizar, por ejemplo, en la necesidad de cambiar de teléfono, o modificar rutas, rutinas o lugares de ocio...)”. (…) *El tipo no exige planificación pero sí una metódica secuencia de acciones que obligan a la víctima, como única vía de escapatoria,*

a variar, sus hábitos cotidianos. Para valorar esa idoneidad de la acción secuenciada para alterar los hábitos cotidianos de la víctima hay que atender al estándar del "hombre medio", aunque matizado por las circunstancias concretas de la víctima (vulnerabilidad, fragilidad psíquica, ...) que no pueden ser totalmente orilladas".

En los intentos de conceptualizar el fenómeno del stalking desde perspectivas extrajurídicas -sociológica, psicológica o psiquiátrica- se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de notas: *persecución repetitiva e intrusiva*; *obsesión*, al menos aparente; *aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima*; *oposición de ésta*... Pues bien, es muy frecuente en esos ámbitos exigir también *un cierto lapso temporal*. Algunos reputados especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses. Esos acercamientos metajurídicos no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita. No es sensato ni pertinente ni establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana.

Vº. 15.- MEDICION DE LA DISTANCIA FIJADA EN LAS PROHIBICIONES DE APROXIMACIÓN.

La STS 691/2018, de 21 de diciembre, aborda por su interés casacional la determinación del criterio correcto para determinar en cada caso si el sujeto se encuentra a una distancia inferior a la establecida en la prohibición de aproximación.

El recurso había sido planteado por el Ministerio Fiscal. La Audiencia Provincial había desestimado la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de lo Penal que había basado la absolución en la existencia de dudas "*en relación a si en el acusado concurría el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo de infringir la medida cautelar o la prohibición que pesaba sobre él*", añadiendo que de los datos disponibles "*no puede inferirse o concluirse de forma categórica que su intención era dirigirse al domicilio de ella para molestarla, realizar hacia ella algún acto ilícito o, en definitiva, infringir o quebrantar la medida cautelar de alejamiento existente situándose, de forma presunta, a una distancia inferior a los 200 metros*". La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación señalando que "*aunque el Magistrado de instancia alegó la duda sobre la existencia del elemento subjetivo requerido por el tipo, respecto de esta duda nada se dice en el recurso interpuesto, por lo que la acusación pública se aquieta a tal decisión del Magistrado, añadiendo "decisión además que para modificarse implica una nueva valoración de las pruebas*

personales practicadas en inmediación por la Sala, revisión difícil de efectuar a la vista de que tal carencia de elemento subjetivo lo ha deducido el Magistrado a tenor de las pruebas celebradas en su presencia".

Tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial habían exigido un elemento subjetivo distinto y añadido al dolo propio del delito de quebrantamiento, por lo que el Ministerio Fiscal en el recurso de casación rechazó precisamente este argumento aduciendo que "*el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de la misma. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone. Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple".*

La inexistencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de quebrantamiento es evidente. No obstante, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación reinterpretando las palabras del Juez de lo Penal y de la Audiencia. Entiende el Tribunal Supremo que con aquella expresión "intención", realmente lo que se cuestionaron ambos órganos judiciales era que el acusado supiera que con su conducta estuviera quebrantando la orden, elemento de carácter fáctico que no podría ser revisado en casación por la vía utilizada al ser "*doctrina consolidada de esta Sala, del tribunal Constitucional y del TEDH, no es posible en vía de recurso modificar los hechos en contra del acusado sin darle la oportunidad de ser oído y sin presenciar directamente la práctica de las pruebas personales que fueran necesarias para resolver*". "E*n la medida en que los hechos probados, completados en favor del reo por la valoración que de los mismos hace la sentencia de instancia, contienen dudas acerca de la concurrencia de los elementos fácticos que operan como base del dolo, el motivo no puede ser estimado, ya que las dudas expresadas no pueden, en ningún caso y además de lo ya dicho, ser resueltas en contra del reo*".

Después de esta inicial exposición, que creo necesaria realizar por la específica mención que se realiza en la presente Instrucción Interna a los elementos subjetivos del delito, el Tribunal Supremo se adentra en el establecimiento de un criterio uniforme para la medición de la distancia de las órdenes de alejamiento, cuestión que también era recogida en el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

Después de aludir a las finalidades de la medida y a la necesidad de que el Juez o Tribunal que la acuerde determine, en la medida de lo posible, las condiciones en las que la misma deberá cumplirse, termina sentando como doctrina que "*la distancia establecida en la prohibición debe medirse en la forma que determine la resolución que acuerda la medida, y, en su defecto, en línea recta*".

Como fundamentos aduce la sentencia que "*con la adopción de la prohibición se configura un espacio físico en el que se pretende garantizar que la víctima pueda circular y moverse con libertad sin la posibilidad de encontrarse físicamente con el autor de los hechos; un espacio donde, evitando la presencia de aquel, se garantice la seguridad de la víctima y su tranquilidad, al objeto de desarrollar una actividad vital normalizada. Desde esta perspectiva, la medida en línea recta se presenta como más segura, y no solo para la víctima, que puede establecer con facilidad los lugares a los que puede acudir sin aquel riesgo sin necesidad de calcular la distancia a la que se encuentran los distintos puntos de diversos recorridos posibles. Sino incluso para el autor de los hechos, que podrá establecer con la misma facilidad, sobre plano, los lugares a los que no podrá dirigirse al quedar afectados por la prohibición. Lo cual le permite incluso someter a la consideración del Juez o Tribunal que ha acordado la prohibición la existencia de detalles que pudieran hacer desproporcionada la prohibición en algunos aspectos, haciendo aconsejables algunas precisiones. También ha de tenerse en cuenta que los avances de la técnica permiten en la actualidad que el control acerca del cumplimiento de la medida se efectúe mediante aparatos telemáticos que miden en línea recta la distancia entre dos puntos. Es cierto que se trata de un aspecto más bien práctico, pero no es irrelevante en cuanto a la garantía de obtener la seguridad que se pretende con la prohibición. En este sentido, resulta más seguro acudir al criterio de la medición en línea recta*".

La STS 664/2018, de 17 de diciembre, aborda con plenitud la cuestión apuntada al comienzo de este apartado sobre el dolo en el delito de quebrantamiento de las medidas de alejamiento y comunicación con la víctima. El interés casacional del tema planteado, el alcance del dolo que configura el elemento subjetivo del tipo, existía división en la doctrina de las Audiencias Provinciales, entre aquellas que entienden que basta un dolo genérico (entre otras SSTS A.P. de Álava, sección 2ª, de 9 de junio de 2006; AP de Tarragona, sección 4ª, de 6 de febrero de 2008; AP de Madrid, sección 17, de 27 de noviembre de 2009; o AP Zaragoza, sección 1ª, de 1 de julio de 2016), o las que consideran que el delito requiere un especifico ánimo de desatender la resolución judicial (SSTS AP de Las Palmas, sección 1ª, de 30 de noviembre de 2015; o AP Valencia, sección 1ª, de 11 de julio de 2014).

La sentencia estima el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la del Juzgado de lo Penal, había absuelto al acusado afirmando, sin modificar el relato de hechos probados, que "lejos de la certeza que se alega por la acusación particular en su escrito de calificación respecto a las intencionales razones en el proceder del acusado para alterar a la víctima y levar a cabo de nuevo los velados actos de dominio y control sobre ella que dejaba expresados en su declaración en el juicio oral y en las declaraciones sumariales, el Tribunal considera dudoso ese elemento doloso y consciente de infringir las dos medidas de protección acordadas,..". Es decir, el Tribunal sentenciador, sin cuestionar las afirmaciones fácticas alcanzadas por el de instancia con relación a que el acusado era conocedor de las prohibiciones de acercamiento y comunicación con la que había sido su esposa y de las consecuencias de su incumplimiento, parece exigir para colmar la tipicidad un específico ánimo de

incumplimiento, que, al confrontar el suceso enjuiciado con los derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad, no consideró constatado.

El Tribunal Supremo, aludiendo a jurisprudencia consolidada de la Sala Segunda, afirma que "*actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal. Sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal. En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. En consecuencia, para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada*".

A mayor abundamiento continúa diciendo la sentencia de casación que "*la jurisprudencia ha deslindado los conceptos de dolo y móvil del delito. El primero se colma cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de cuales sean las motivaciones que le determinaron a actuar como lo hizo. Los móviles o la intencionalidad de su actuación no conforman aquél (SSTS 735/2013 de 22 de octubre; 260/2016, de 4 de abril; o 376/2017 de 24 de mayo). Recordaba la STS 1010/2012 de 21 diciembre, con cita de otros precedentes, que el dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas que pudieran operar. Ello hace preciso distinguir el dolo del móvil del delito, exigiendo el tipo penal el primero de ellos, cualesquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al autor a actuar del modo en que lo hizo (STS 90/2016, de 17 de febrero). En consecuencia, como indicaron las SSTS 990/2012 de 18 de octubre; 688/2013 de 30 de septiembre; 439/2014 de 10 de julio o la 553/2015 de 6 de octubre, los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. Carece de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, o por un fin altruista, o de odio, venganza o envidia e incluso por motivos socialmente valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor*".

Vº. 16.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 153 EN CASO DE AGRESIONES MUTUAS ENTRE LOS MIEMBROS DE LA PAREJA.

La STS 677/2018, de 20 de diciembre, zanja una cuestión que venía recibiendo una respuesta dispersa en función de los criterios que seguían las distintas Audiencias Provinciales descartando la aplicación del artículo 153.2 y 3 en los supuestos de riñas mutuas entre los miembros de la pareja.

Las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo en esta sentencia son las siguientes:

> "*1.- **Inexistencia de base legal para absolver**. No existe base ni argumento legal para degradar a delito leve del art. 147.3 CP una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja de la que no se desprendan lesiones objetivables. Esta conducta está claramente tipificada en los apartados 1 y 2 del art. 153 CP.*
>
> *2.- **Inexigencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar**. Ambos apartados del precepto no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal.*
>
> *3.- **La riña mutua no puede suponer un beneficio penal**. Degradar la conducta a delito leve del art. 147.3 CP, con la circunstancia de exigir en este caso denuncia supone un beneficio penal para cualquiera de los agresores que no está contemplado ni en el tipo penal, ni en la filosofía de la LO 11/2003, ni en las sucesivas reformas legales que han introducido modificaciones en el tratamiento de la violencia de género y doméstica.*
>
> *4.- **No degradación penal por el desvalor del resultado en la riña mutua**. Si se degrada la tipicidad por el desvalor del resultado, al no existir lesiones y derivarlo al art. 147.3 CP, se atenta contra la propia filosofía del art. 153 CP, que solo exige que entre los sujetos exista la relación fijada de forma objetiva y que el acto objetivo integrante del tipo penal sea de golpear o maltratar sin causar lesión. La aplicación del tipo solo exigiría la acreditación de la violencia, aunque sin lesión. Y esto es maltrato en ambas direcciones si hay riña y agresión mutua sin legítima defensa.*
>
> *5.- **Tampoco puede degradarse penalmente la conducta antijurídica del sujeto activo del art. 153.2 CP por existir una riña mutua**: En el apartado 2º del art. 153 CP se remite a la conducta del apartado 1º, es decir, golpear o maltratar sin causar lesión y en este el sujeto activo puede ser la mujer y el pasivo el hombre, pero no degradando la conducta de la mujer que el*

hombre, además, antes o después, agreda también. En ambos casos, salvo en aquellos en los que concurran circunstancias modificativas de responsabilidad, como puede ser la legítima defensa completa o incompleta, el hecho exige para su tipicidad el comportamiento objetivable de la agresión. Cuestión distinta, como decimos, es que el sujeto se defienda ante el acometimiento del otro, aunque ello entraría ya en la apreciación, o no, de circunstancias eximentes o atenuantes, no en la concurrencia de conducta antijurídica que encuentra su acomodo en el art. 153 CP, según sea el caso.

*6.- **La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 no es un tipo penal**. No puede extraerse de la Exposición de motivos de la LO 11/2003 y trasladarse al tipo penal del art. 153.1 y 2 CP un elemento subjetivo del injusto que requiera de la concurrencia de la dominación o machismo en el ataque del hombre a la mujer cuando existe un acometimiento recíproco entre ellos, pero tampoco cuando existe solo un acometimiento del hombre a la mujer, ya que no lo exige el tipo penal, sino solo el objetivo de la agresión.*

*7.- **Respeto al principio de tipicidad penal**. Si el hecho probado constituye un acto típico y antijurídico no existe razón legal alguna para dictar una sentencia absolutoria por la circunstancia de que el sujeto activo lo sea, al mismo tiempo, sujeto pasivo, por la agresión que le responde la persona a quien golpeaba o maltrataba, y sin amparo legal alguno que cubra esa modificación.*

*8.- **El respeto al hecho probado**. No hay cobertura legal para amparar la modificación del tipo penal que sanciona la conducta declarada probada, por una circunstancia absolutamente ajena a la conducta antijurídica, cual es que exista una riña mutua y ambos sujetos se golpeen, aun sin causar lesión. Esta circunstancia no puede cambiar la tipicidad del hecho para pasarlo del art. 153.1 y 2 CP al art. 147.3 CP.*

*9.- **Posibilidad de aplicación del apartado 4º del art. 153 al caso concreto**. Lo que sí es posible aplicar es la vía del art. 153.4 CP que señala que: 4. 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. Ello permitirá graduar la respuesta penológica al caso concreto, pero no absolver por la circunstancia de que exista agresión mutua y no se haya probado por la acusación el ánimo de dominación o machismo en el hombre. Este tipo atenuado sería el marco adecuado para tener en cuenta, en su caso, algunas de las circunstancias que se valoran por los jueces y tribunales para excluir la aplicación del artículo 153.1 CP.*

*10.- **Posibilidad de valorar supuestos de legítima defensa**. Dentro de la abierta posibilidad de valorar cada caso concreto sin encorsetamientos no deseados resulta viable que en caso de agresión recíproca pueda valorarse la opción de la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de la legítima defensa, que podría dar lugar a una exención o atenuación de la pena, lo que queda al ámbito de la prueba de sus circunstancias en el juicio oral. Con ello, habrá que estar al caso concreto y su prueba.*

*11.- **No existe una presunción de dominación iuris et de iure, pero ello no es elemento del tipo penal del art . 153 CP**. No es un elemento del tipo desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Cuestión distinta es el trasfondo sociológico del hecho. El hecho típico del art. 153 CP determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito del derecho probatorio. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo. Y su ausencia no permite degradar el hecho a delito del art. 147.3 CP*".

Vº. 17.- INTERPRETACION DEL ARTICULO 298.2 DEL CODIGO PENAL. MODALIDAD AGRAVADA DEL DELITO DE RECEPTACIÓN POR EL ÁNIMO DE TRAFICAR CON LOS OBJETOS RECEPTADOS.

La STS 673/2018, de 19 de diciembre, estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal por indebida inaplicación del artículo 298.2 e indebida aplicación del artículo 298.3 del código penal.

A través del primer motivo el Ministerio Fiscal combatía el criterio de la Audiencia que entendía que el tipo previsto en el artículo 298.2 del código penal, inciso primero, exigía, si no habitualidad, sí alguna reiteración, por lo que el acto ocasional o aislado de tráfico, es decir, el ánimo de realizar una venta no colmaría la tipicidad. Las resoluciones de las Audiencias provinciales eran dispares. Para unas, el ánimo de traficar exigido por el artículo 298.2 CP no precisa ni siquiera la realización del acto de venta, permuta u otro semejante, sino sólo el propósito de hacerlo; ni tampoco precisa de habitualidad alguna, pudiéndose desprender de la constatación de un único acto de tráfico o, incluso, de la mera posesión de diversos efectos de procedencia ilícita. Sin embargo, un sector minoritario rechazaba la aplicación del tipo agravado ante la constatación de un único acto de venta, incluso consumado, bien por entender que como acto aislado u ocasional de venta no constituye indicio de la intención de traficar, sino ánimo propio del tipo básico; bien porque se considera que el mismo únicamente sanciona al titular del establecimiento abierto al público y no a los particulares que acuden al mismo a vender los efectos de procedencia ilícita.

Al existir decisiones dispares entre las Audiencia Provinciales la Sala Segunda, con cita de otros precedentes jurisprudenciales, concluye diciendo que "*el artículo 298.2 exige el ánimo de traficar, que hemos definido como la intención de comerciar o negociar con los efectos del delito adquiridos, recibidos u ocultados, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil para introducirlos en el circuito económico general , sin que la descripción típica incorpore matización alguna que permita exigir que tal ánimo se proyecte sobre más de un acto de venta. De manera que, se colmara la tipicidad siempre se perfeccione el comportamiento de previsto en el nº1 del mismo precepto con la finalidad de traficar, aun cuando se refiera a un acto u operación aislada. Solo así puede desprenderse del propio precepto, y de una interpretación integrada en relación a otros tipos penales que tipifican operaciones de tráfico sin otro condicionamiento. A modo de ejemplo, un acto de venta basta para integrar el concepto de tráfico en relación al delito del artículo 368 CP, y no cabría otra interpretación en relación a los actos de tráfico en relación a los artículos 232, 392, 399 o 570 CP. Eso sí, en el buen entendimiento de que dicho ánimo, no necesariamente coincidente con el lucro y compatible con él, debe concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito, sin necesidad de que la operación de tráfico se llegue a materializar, resultando intrascendente a estos efectos el ánimo sobrevenido de forma desligada a la consumación de la receptación*".

El segundo motivo que esgrimió el Ministerio Fiscal frente a la sentencia de la Audiencia era, como se ha adelantado, la indebida aplicación del artículo 298.3 del código penal, al apartarse de la interpretación jurisprudencial sobre la limitación punitiva de dicho precepto que, como es sabido, establece que "*en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto*". Resumidamente entendía que si la acusada hubiera sido condenada por el robo con fuerza del ordenador no hubiera recibido otra pena que la mínima de un año y no la de quince meses por receptación que le había impuesto el Juzgado de lo Penal.

La Sala Segunda rechaza esa apreciación y estima también este aspecto del recurso del Ministerio Fiscal: "*De manera contante ha considerado esta Sala que la limitación penológica a la que queda supeditada la punición de los delitos de receptación, lo es en relación a la pena atribuida al delito encubierto en abstracto. Lo que se prohíbe es la superación de la pena privativa de libertad prevista para "el delito encubierto" no para el encubridor del mismo, expresión que alude al delito originario de cuyos efectos el receptador se aprovecha, y cuya penalidad a considerar es la pena abstracta correspondiente al tipo penal, sin tener en cuenta las reducciones o incrementos de pena que alcancen al autor del mismo. Se trata de una cuestión asentada de antiguo en la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias SSTS como la de 17 de marzo de 1989 ; 9 de octubre de 1992 o 163/2000 de 11 de febrero, que, aunque en interpretación del artículo 546 Bis a) del CP 1973, precedente normativo del actual 298.3, es de perfecta vigencia ante la idéntica redacción de ambos textos. Criterio interpretativo que mantuvo ya respecto al artículo 298.3 del CP de 1995 la STS 447/1999 de 15 de marzo, y que ahora reproducimos*".

Vº. 18.- DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: NO SE PRODUCE POR EL INCUMPLIMIENTO DE LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD IMPUESTOS COMO SUSPENSION DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

La STS 603/2018, de 28 de noviembre, aborda la cuestión referida al incumplimiento de los trabajos en beneficio de la comunidad que se habían impuesto a una persona como condición de la suspensión de la ejecución del arresto sustitutorio por impago de la multa a la que había sido condenada por un delito de quebrantamiento de condena. Dicha persona, que había sido condenada por un delito contra la seguridad vial no compareció ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas para el cumplimiento de los trabajos, y el Juzgado de lo Penal la condenó como autora de un delito de quebrantamiento de condena, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial, justificando su decisión por considerar que en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art.49 del C.P.) hay dos fases, una primera, donde es imprescindible la colaboración del penado para la fijación del plan, y una segunda que es la ejecución por el penado del plan aprobado; añadiendo que, tanto la inasistencia injustificada a la citación de los servicios sociales penitenciarios para elaborar el plan cuanto el incumplimiento del ya fijado, satisfacen la exigencia típica ya que, dice compartiendo criterio con el Juzgado de lo Penal, el tipo penal no exige que haya más de un requerimiento y ello, concluye, porque no se puede dejar al albur del penado el cumplimiento de la pena ya impuesta.

La sentencia estima el recurso de casación y sienta la siguiente doctrina: "*excluida por la reforma del Código Penal de 2015 la duplicidad de sustitución de pena (limitada al caso de la expulsión a que se refiere el artículo 89 del Código Penal) y suspensión condicionada de pena, el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión no acarrea otras consecuencias que las previstas en el artículo 86.1 del Código Penal -si el incumplimiento es grave y reiterado- que es revocar la suspensión y ejecutar la suspendida- o las del artículo 86.2 , si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, en que la consecuencia es de menor onerosidad y se limita a las agravaciones del nº 1 del citado artículo. En todo caso no cabe, salvo la excepción prevista en el ordinal 4 del mismo artículo 86, decidir sin el procedimiento previo allí establecido. Por tanto, tampoco cabe hablar de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia desde la imputación de tales incumplimientos, en los casos en que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de suspensión y no pena principal. La consecuencia a que se refiere el artículo 49, 6ª párrafo segundo -tipicidad como quebrantamiento de condena- solamente puede predicarse en supuesto en que los trabajos constituyan pena principal*".

No obstante importa destacar de esta sentencia el voto discrepante de uno de los Magistrados del Tribunal Supremo porque, si bien está de acuerdo con el fallo estimatorio y con la argumentación recogida, entiende que se ha desaprovechado la ocasión que proporciona el recurso para unificar los criterios de interpretación sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la incomparecencia, no justificada, de la persona condenada a la pena de

trabajos en beneficio de la comunidad, que ha sido citada al servicio de gestión de penas y medidas alternativas para la fijación de un plan de actuación y ha incomparecido, siendo éste el interés casacional que justificaba, a juicio del magistrado discrepante, la admisión del recurso de casación formalizado.

Como se recoge en el voto particular, "*el condenado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, señala el RD 840/2011, de 17 de junio, ha de ser citado por el servicio de gestión de penas para ser oída en lo referente a la elaboración de un plan de actuación que será aprobado por el Juez de Vigilancia penitenciaria. Se trata de interpretar si la incomparecencia injustificada a esa citación es, o no, el presupuesto del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 Cp. La Sentencia, no obstante, sí que parece sostener que la incomparecencia a la citación para ser oído antes de aprobar el plan de ejecución, al integrarse en la ejecución, integra el presupuesto típico del quebrantamiento de condena y ha de deducirse testimonio como dispone el art. 49.6 del Código penal*".

Como indica el Magistrado que formula el voto particular, "la interpretación sobre este extremo no es uniforme y conocemos que algunos órganos de la jurisdicción penal han declarado la atipicidad de la conducta, en tanto que otros, aplicando el artículo 49 del Código penal, han declarado que esa conducta se subsume en el artículo 468 el Código penal, delito de quebrantamiento de condena, en tanto que otros han entendido que el delito de aplicación es la obstrucción a la justicia, del art. 556 Cp. desobediencia grave a la autoridad judicial".

En el voto particular el Magistrado muestra su discrepancia en los siguientes términos: "*A mi juicio, la incomparecencia a una citación realizada por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, a los que se refieren el Real Decreto que regula la ejecución de esta pena, no supone el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena. Aunque forme parte de la ejecución de una sentencia, no se ha dado comienzo a la ejecución de la sentencia. La incomparecencia a la citación no es inicio de cumplimiento, de la misma manera que la incomparecencia a una resolución judicial que determine el ingreso en prisión en una fecha determinada no supone quebrantamiento de la condena. El ordenamiento dispone de elementos para asegurar el cumplimiento de la citación (orden de detención por incomparecencia a una citación del art. 487 LECrim.) Concretamente, el artículo 5.2 del Real Decreto 840/2011, del 17 junio, dispone que, al citar el penado, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas le adviertan de las consecuencias de su incomparecencia y en el supuesto de injustificación, remitirá los testimonios oportunos al órgano jurisdiccional competente para la ejecución. Esta previsión normativa establece la consecuencia jurídica a una incomparecencia no justificada, que no es otra que la remisión al juez de vigilancia penitenciaria para comprender la ejecución de la citación, asegurando su comparecencia a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 5.1 del mencionado Real Decreto, cuyo contenido es el de escuchar al penado en la propuesta que realice para determinar el plan de ejecución y realizar la valoración de la actividad más adecuada para el penado. La citación por los servicios de gestión, aunque enmarcada en la ejecutoria no es propiamente inicio de ejecución, sino*

previo a la ejecución al ser citado para elaborar el plan de ejecución. Su incomparecencia supone la remisión al Juez de vigilancia penitenciaria para que adopte medidas de aseguramiento de la audiencia preceptiva (art. 5 R.D. 840/2011). Conclusión del anterior es que la incomparecencia no justificada tiene prevista específica una previsión normativa y no es el presupuesto de la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena. Por otra parte, desde la proporcionalidad de la conducta respecto de otras que sí merecen esa tipicidad, es llano afirmar que no hay relación proporcional entre la incomparecencia a una citación con un objetivo concreto, ser oído en el plan de actuación, y los demás supuestos de quebrantamiento de condena, como es el incumplimiento de medidas adoptadas para la protección de la víctima o sustraerse a la acción de la justicia respecto de detenciones o encarcelamientos. La situación descrita, la incomparecencia a una citación no es proporcional siendo preciso buscar una interpretación que homogeinice los supuestos típicos. Entiendo que, desde el interés casacional que indudablemente tiene el recurso, debió aprovecharse la sentencia para dar solución al tema planteado".

Vº. 19.- INTERPRETACION DEL ABUSO SEXUAL DEL ARTÍCULO 181 DEL CODIGO PENAL.

La STS 396/2018, de 26 de julio, resuelve un recurso de casación interpuesto por la acusación particular frente a sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la del Juzgado de lo Penal, absolvía al acusado del delito de abusos sexuales por el que habían formulad acusación tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular. El Juez de lo Penal no consideró que la conducta del acusado fuera lo suficientemente grave para fundar una condena penal por un delito de abuso sexual, tratándose de un tocamiento momentáneo en el que no apreciaba un carácter libidinoso de cierta entidad y permanencia, tal y como exigía el anterior delito. Los hechos, según el citado órgano, sí hubieran podido ser constitutivos de una falta de vejación injusta, pero esta infracción había sido despenalizada en la fecha de los hechos. La Audiencia, manifestando que el apartado fáctico de la sentencia era inamovible desestimó el recurso.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto apreciando también que a la vista del factum de la resolución no se expresan en él con la suficiente claridad los datos fácticos precisos para concluir la existencia de un delito de abuso sexual. Ahora bien, después de precisar que "de constar en el factum de la resolución recurrida, con claridad necesaria, la naturaleza sexual de la acción del recurrente (sic) y el ánimo tendencial de la misma, el hecho, aún cuando *hubiera sido momentáneo*, sería subsumible en el delito de abuso sexual del artículo 181 y no en el delito leve de coacciones castigado en el artículo 173 CP", fija la siguiente doctrina: "*cualquier acción que implique un contacto corporal inconsentido con significación sexual, en la que concurra el ánimo tendencial ya aludido, implica un ataque a la libertad sexual de la persona que lo sufre y, como tal, ha de ser constitutivo de un delito de abuso sexual previsto y penado en el artículo 181 CP ; sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad de dicha acción tenga reflejo en la individualización de la pena. Cabe destacar en este sentido que el delito de abuso sexual del artículo 181 CP, de conformidad con dicho precepto, puede ser castigado con pena privativa*

de libertad o con pena de multa 18 a 24 meses".

Vº. 20.- INTERPRETACION DEL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN ESTABLECIMIENTO ABIERTO AL PÚBLICO DEL ARTÍCULO 242.2 DEL CÓDIGO PENAL.

La STS 359/2018, de 18 de julio, aborda por su interés casacional la interpretación de la modalidad agravada del robo con violencia o intimidación cuando se produce en un establecimiento abierto al público.

Para un mejor entendimiento de la cuestión planteada, la Sala comienza analizando la reforma de 2015 sobre esta agravación específica. "De una parte, en el robo con fuerza las cosas, el artículo 241.1 del Código penal prevé la agravación por su realización en edificio o local abiertos al público y añade, en el párrafo segundo, la posibilidad de que dicha agravación concurra en horas de apertura al público o fuera de las horas de apertura, lo que conforma con una distinta penalidad, pero ambos son tipos agravados del robo con fuerza en las cosas. Desde un criterio lógico y gramatical, parece deducirse que el legislador ha corregido de una parte, el criterio jurisprudencial, pues hace concurrir el tipo agravado aun fuera de las horas de apertura, y de otra ha acogido la interpretación jurisprudencial, al señalar una pena menor cuando los hechos se desarrollan fuera las horas de apertura. Una segunda modificación de la reforma del 2015, respecto a la agravación por el establecimiento o local abierto al público, es la previsión de un tipo agravado en el robo con intimidación, al disponer el artículo 242.2 del Código penal la imposición de una pena agravada cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio local abierto al público con cualquiera de sus dependencias, esta vez sin distinción de horario de apertura. Una tercera modificación respecto al establecimiento o local abierto al público la encontramos en el artículo 203.2 del Código penal cuando al regular el allanamiento de morada señala como tipo agravado el desarrollo de la acción del establecimiento mercantil o local abierto al público, fuera de las horas de apertura, manteniendo otra tipicidad agravada cuando la acción se desarrolle en establecimiento mercantil o local abierto al público".

A continuación, recoge el pronunciamiento que ya había hecho la Sala Segunda en la STS 101/2018, de 28 de febrero, reiterando la doctrina del Pleno No Jurisdiccional de 25 de mayo de 1997, exigiendo para apreciar el tipo cualificado que se encontraran de forma efectiva abiertos al público para el uso propio de los mismos. En consecuencia, adelanta la Sala que esta interpretación persistente era conocida y el legislador de 2015 no ha previsto, como sí lo ha hecho en relación con el robo con fuerza y el allanamiento, modificación alguna, por lo que se mantiene la interpretación consolidada en tanto que la agravación se justifica por "*el peligro respecto a víctimas potenciales cuando el hecho sustractivo ocurre en un establecimiento con libre acceso de personas, precisamente en las horas de apertura y respecto de personas desvinculadas del bien jurídico patrimonio, que es el objeto de protección del tipo penal*".

Como la agravación se justifica por esa potencialidad de peligro respecto a los sujetos pasivos del hecho delictivo, la Sala estima el recurso y dicta segunda

sentencia en la que suprime el tipo agravado del artículo 241.2 en el hecho en el que se había apreciado.

Vº. 21.- ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS: CUALIFICACION POR COMETERSE EN DEPENDENCIAS DE CASA HABITADA. TRASTEROS Y GARAJES COMUNES SITOS EN EDIFICIOS DE PROPIEDAD HORIZANTAL.

La STS 972/2016, de 21 de diciembre, fue la primera que recogió la doctrina sentada por Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 15 de diciembre de 2016 que estableció los requisitos de los trasteros y garajes comunitarios para ser considerados dependencia habitada.

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en su modalidad agravada del artículo 241.1 y 3, sentando doctrina en los supuestos más controvertidos de dependencias ubicadas en un edificio en propiedad horizontal, donde el acceso a las mismas, no se realizaba desde el interior de la vivienda, sino desde la escalera u otro elemento común al servicio de los diversos propietarios del inmueble.

Tras analizar la jurisprudencia dictada con el código anterior y el vigente, precisa, en primer lugar, que a dichas estancias les son predicables las circunstancias que sustentan la especial protección de las dependencias de casa habitada:

> *- incremento del posible riesgo para las personas moradoras de las diversas viviendas del edificio donde el garaje se ubica, dada su inmediata proximidad y posibilidad de coincidencia en el curso de la perpetración delictiva; tratándose además del emplazamiento de todo el inmueble donde más desprotegidos se encuentran los moradores;*
>
> *- potencial afectación a su intimidad, no solo por la inmediata proximidad del domicilio, sino por estar necesariamente conectada con la intimidad domiciliaria, a modo de prolongación de la misma, por la necesaria exhibición de horarios de llegada y salida, paquetes y bultos que se portan o quiénes fueren los acompañantes; que en el uso normal del garaje restan reservados para quienes no tienen acceso autorizado al mismo*.

Y, en segundo lugar, y respecto a los garajes comunes sitos en edificios de propiedad horizontal -y demás estancias recogidas en el artículo 241.3- tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:

> "*a) contigüidad, es decir, proximidad inmediata, absoluta, extrema o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;*
>
> *b) cerramiento, lo que equivale a que la presunta dependencia esté*

cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;

c) comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la presunta dependencia; es decir, que medie, puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.

d) unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación".

Vº. 22.- INTERPRETACION DE LA AGRAVACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 153.3 DE EJECUTAR EL HECHO EN PRESENCIA DE MENORES.

La STS 188/2018, de 20 de marzo, resuelve el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la del Juzgado de lo Penal, le condenó como autor de tres delitos del artículo 153.1 y 3. A juicio de la parte recurrente tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia realizaron una errónea interpretación del precepto en cuanto al significado y aplicación de la agravación prevista en el apartado 3 del artículo 153, puesto que no se hace referencia en el factum de la sentencia a la presencia de los menores en su sentido gramatical en el momento de producirse la agresión. Y añade que una interpretación taxativa del citado precepto impide condenar por este tipo penal cuando los menores, aun encontrándose en el mismo domicilio donde se produce la agresión, no tienen una percepción directa, auditiva o visual, de la agresión que a la postre supone la condena por un delito leve de lesiones sobre la mujer. De la dicción literal del precepto no puede más que concluirse que no basta con la mera presencia de un menor en el lugar de los hechos, sino que el verbo "presenciar" debe interpretarse en sus propios términos, esto es, «asistencia personal, o estado de la persona que se halla delante de otra u otras o en el mismo sitio que ellas».

El recurso es desestimado por el Tribunal Supremo al ser la finalidad de la agravación, como precisa la sentencia, "*es evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica. De modo que, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP , pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo. Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo, agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes)*.

Y, siendo esa la finalidad de la norma, "*es claro que sólo se puede cumplimentar su objetivo exacerbando la pena en el caso en que el menor se percate o aperciba de la situación de crispación o de enfrentamiento familiar por cualquiera de los medios sensoriales con que pueda cerciorarse de los*

hechos. Sin que para ello sea preciso que los vea de forma directa por estar delante de los protagonistas de la escena violenta, sino que puede conocerla de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo".

En consecuencia, "*la interpretación del término "en presencia" no puede pues restringirse a las percepciones visuales directas, sino que ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental. Por lo tanto, se está ante un supuesto normativo en el que el método de interpretación gramatical debe complementarse con el funcional o teleológico a la hora de obtener el sentido de la expresión "en presencia de menores", ya que de no operar así el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja; o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión; etcétera)*".

Vº. 23.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 379.1 EN RELACION CON EL MARGEN DE ERROR DE LOS CINEMOMETROS.

La STS 184/2018, de 17 de abril, resuelve un recurso que planteaba cierta problemática desde el punto de vista de los cauces previstos en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015. El recurrente combatía la sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la del Juzgado de lo Penal, le condenaba por un delito contra la seguridad vial del artículo 379.1. Los términos de la discrepancia entre ambas sentencias era que el Juez de lo Penal había apreciado un margen de error en el aparato de medición de la velocidad del 7% considerando que éste era móvil, mientras que para la Audiencia el sistema era estático y aplica el margen de error del 5%.

Las objeciones procesales que se plantea el Tribunal Supremo derivan, "de una parte, porque no puede ser objeto de la casación un planteamiento sobre las medios de prueba, dado los términos de los artículos 847.1 b) y 849 de la Ley procesal penal. De otra, porque nuestro pronunciamiento no puede versar sobre la valoración probatoria que ha de darse a un concreto instrumento probatorio. Además, la unificación que se nos insta no es sobre un elemento de la tipicidad sino sobre la conformación del aparato de medida de velocidad, esto es, sobre un instrumento de prueba cuya valoración es competencia del tribunal que lo percibe".

No obstante, el TS aborda la cuestión en aras a la unificación instada en el recurso No obstante lo anterior, abordamos la unificación que se insta en el recurso, "*para decidir la catalogación del sistema de medición, cinemómetro, y, concretamente, si cuando se coloca sobre un trípode es un instrumento fijo o*

móvil, a los efectos de determinar el índice de corrección por error, respectivamente del 5% o del 7%".

Las Órdenes Ministeriales (Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre, y Orden ITC/3123/2010, de 26 de noviembre), distinguen entre cinemómetros fijos o móviles, y éstos últimos, entre estáticos o en movimiento. A los fijos les señalan un margen de acción del 5%, y a los móviles, del 7%. Los primeros son los que están instalados en elementos inmuebles con carácter permanente (poste, arco, edificio o pórtico de carretera). A éstos la sentencia equipara también los móviles estáticos, es decir, que no están en movimiento cuando operan y que pueden ir cambiando de posición ubicándolos sobre un trípode o vehículo parado. Por el contrario, son móviles en sentido estricto o dinámico, cuando la medición de la velocidad se realiza desde un vehículo o aeronave que está en movimiento mientras realiza la medición. Consecuentemente, concluye la sentencia, "*si el aparato de medición, cinemómetro es empleado desde una ubicación fija, esto es sin movimiento, ya sea fijo o estático, el margen de error es del 5%*".

Vº. 24.- INTERPRETACION DE LOS ARTÍCULOS 57 Y 48.1 DEL CODIGO PENAL. DELIMITACIÓN GEOGRÁFICO DEL TERMINO LUGAR UTILIZADO EN EL ARTICULO 48.1.

Como recogí en la Instrucción Interna 5/2019, de 31 de mayo, sobre la prohibición de acudir al lugar de comisión del delito del artículo 48.1 del código penal en relación el artículo 57.1 y 3, la STS 112/2018, de 12 de marzo, abordó, con exquisito rigor jurídico, la problemática relativa al alcance, presupuestos y naturaleza de la pena contemplada en el artículo 57 del código penal en relación con el artículo 48 del mismo texto punitivo. El supuesto que se sometió a debate se refería a la imposición como pena asociada a la privativa de libertad que se impuso a los recurrentes por un delito de hurto, la prohibición de "*acudir a las instalaciones del ferrocarril metropolitano de Barcelona por tiempo de nueve meses*".

Decía en la citada Instrucción Interna que, como es sabido, la reforma del código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se planteaba como uno de los objetivos "*ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave*" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. "*Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio-. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delincuentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión*".

Solventada la interpretación del artículo 235.7 del código penal por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 481/2017, de 28 de junio, en la que el criterio

mayoritario rechazó que el tipo cualificado se pudiera construir con anteriores condenas por delitos leves de hurto, por congruencia con los conceptos de reincidencia y multirreincidencia y por respeto al principio de proporcionalidad, la aplicación de la pena de prohibición de volver al lugar de comisión del delito puede servir, en determinados casos, para dar una respuesta penal apropiada y ajustada a los fines de prevención general positiva asociados a cualquier pena.

Recogiendo la reflexión de uno de los votos discrepantes del criterio mayoritario de esta sentencia es acertado afirmar que, "*cuando una cosa acaece una vez, resulta ser casual. Lo que acontece dos veces, cuando no es un suceso ordinario, es ya contemplado como algo accidental. Que se repita por tercera vez, permite constatar una tendencia. Pero que la misma actuación se reitere por cuarta vez, antes de que transcurra el plazo de seis meses en que quedan cancelados los antecedentes penales por un delito leve de hurto (art. 136 del CP), es demostrativo de una actitud ante el bien jurídico que se protege y ante la antijuricidad de su transgresión. Como expresaba uno de los magistrados que se adhiere a este voto particular, en utilización de un símil futbolístico, nos encontramos ante la tarjeta roja, por acumulación de tarjetas amarillas*".

La experiencia práctica de los procedimientos por delitos leves que diariamente se celebran ante los Juzgados de Instrucción pone de manifiesto que en numerosas ocasiones el autor o autores de este tipo de hechos acumulan reiteradas condenas por el mismo hecho delictivo, y, también con cierta frecuencia, que todos ellos han sido cometidos en el mismo lugar o en el mismo establecimiento para escarnio de los empleados, dependientes o ciudadanos que los hayan presenciado.

Por esta razón, afirmaba que, apreciada la "tendencia" o la contumacia a la que alude el voto particular, puede ser conveniente adoptar en estos supuestos de delitos leves de hurto la prohibición o privación del derecho de "acudir al lugar en que haya cometido el delito" de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57.1 y 3, y 48.1 del código penal.

En la STS que se recoge en el presente apartado, junto a las alegaciones de ambos recurrentes, el Ministerio Fiscal interesó la estimación parcial del recurso considerando que era "*discutible que pueda extenderse la prohibición a todas las instalaciones del metropolitano de la ciudad indicada, pues se traduciría en la imposibilidad de hacer uso de ese medio de transporte público. Una prohibición de acceso a un lugar acaba convirtiéndose de esa forma en una prohibición de desplazarse en un muy usado y popular medio público de transporte*". A juicio del Ministerio Fiscal, "*la extensión geográfica del término lugar utilizado en el art. 48.1 del CP para impedir al penado acudir al lugar de comisión, que supone el fallo abarcando todas las instalaciones del metro de Barcelona, pudiera suponer una interpretación extensiva de tal término*".

Después de analizar la objeción planteada con suma "perspicacia y finura jurídica" por el Ministerio Fiscal, la Sala consideró de forma unánime que "*es*

una pena ajustada a la legalidad y que no puede ser desproporcionada en abstracto".

Ahora bien, tratándose de una pena facultativa, se ha de poner especial cuidado en la exposición razonada de las causas que justifican su imposición.

En primer término, resulta sumamente interesante la interpretación del término "lugar" de comisión del delito extendiendo la prohibición a la totalidad de la red metropolitana de Barcelona y no solo, como propugnaba el Ministerio Fiscal en su adhesión al recurso, al área o estación del metro donde se produjo el hecho delictivo. Como recoge esta sentencia, "el término "lugar" puede designar un punto muy concreto y focalizado (km. cero, v. gr.); pero también un inmueble (una vivienda, una finca concreta), una zona (un barrio), una ciudad, incluso una provincia o extensiones geográficas mayores".

En segundo lugar, el artículo 57.1 del código penal vincula la imposición de la medida en consideración a "la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente". Son dos elementos que se pueden conjugar separadamente al estar unidos por la conjunción disyuntiva "o". Respecto a la gravedad del hecho es doctrina pacífica que el criterio determinante no es el de la gravedad del delito en abstracto, como categoría jurídica, sino del hecho concreto cometido y de las circunstancias específicas que lo rodearon. En términos de la STS 112/2018, "*el Código habla de la gravedad de la conducta. Es obvio que no está pensando en la clasificación tripartita de los delitos (graves, menos graves y leves), sino en la gravedad del hecho en concreto. No siempre que el delito sea grave hay que imponerla; y no siempre que sea leve está excluida. Eso sería contrario a la lógica y a la propia regulación legal que prevé su imposición en delitos leves (art. 57.3 CP). Pueden idealmente existir delitos leves integrados por hechos graves en sentido relativo. En esos casos, si se razona por qué se entiende que concurre esa gravedad (como algo no equivalente a la división de los delitos en tres grupos: art. 13 CP), podría justificarse la imposición de una de las medidas del art. 57.1 CP*.".

En cuanto al segundo de los factores determinantes para la imposición de aquella medida cautelar, la peligrosidad del delincuente, la doctrina científica declara que el peligro viene referido tanto a la probabilidad de repetición delictiva, como a posibles represalias y enfrentamientos entre la víctima o su familia y el reo. Sin embargo, en los supuestos analizados puede primar más la primera de las prevenciones que la protección de la víctima. La sentencia de la Audiencia de Barcelona analizada por el Tribunal Supremo discurre por este camino. La medida se impuso no para la protección de personas concretas e identificadas. Por este motivo, como razona el TS, cabría también imponerse idealmente en delitos sin víctima o con víctimas difusas, potenciales o sin concretar, o indeterminadas. La redacción actual del art. 57, invita a ese concepto de "peligro" equiparable a "peligrosidad". Y siguiendo el razonamiento del Alto Tribunal, "*ese pronóstico de riesgo (el peligro que el delincuente represente) no ha de basarse ineludiblemente en condenas anteriores, aunque sin duda las mismas son un factor de elevadísima ayuda. Puede apoyarse en otros elementos. No es un juicio de culpabilidad (que exigiría pruebas que destruyesen la presunción de inocencia), sino un juicio de probabilidad como el*

que se efectúa para evaluar en sede de prisión preventiva el riesgo de destrucción de pruebas o de reiteración delictiva (art. 503 LECrim). La presunción de inocencia está respetada porque ha recaído una condena basada en pruebas claras y contundentes. El ordenamiento exige la imposición de unas penas tras la desactivación de la presunción de inocencia. A la hora de decidir si se impone o no la pena del art. 48 CP) la ley invita a valorar bien la gravedad del hecho; bien el peligro del condenado (peligro que no es la reincidencia ni la multirreincidencia, aunque estas puedan ser signo de peligrosidad o profesionalidad). Se trata de un pronóstico y no una profecía; exige valoraciones racionales, pero no certeza".

Al hilo de esta sentencia reproduzco también la reflexión que hice en la Instrucción Interna 5/2019 en relación con la interpretación del término lugar y su no equiparación a la marca comercial de un determinado establecimiento. "*La precisión del concepto y la posibilidad de su extensión geográfica es el primer referente que ha de tenerse en cuenta. La prohibición de acudir al lugar de comisión del hecho criminal no deja de ser uno de los mecanismos de prevención situacional del delito, y, en consecuencia, hemos de ser conscientes de que su adopción no es una forma de combatir con eficacia la delincuencia, y que, en ocasiones, lo único que produce es su desplazamiento hacia otros lugares. Por esta razón se ha afirmado que el desplazamiento es "el talón de Aquiles" de las técnicas de prevención situacional del delito. Este razonamiento ha de llevarnos a la conclusión de que por lugar de comisión del delito ha de entenderse un espacio físico determinado, y que éste no es identificable ni extensible a otros lugares o establecimientos localizados en otros puntos geográficos de la misma población por el mero hecho de compartir entre ellos la pertenencia a una misma marca o cadena comercial. Sin embargo, recogiendo el criterio de la sentencia que sirve de referencia a la presente Instrucción, la no limitación en extensión del término "lugar", permite que por lugar de comisión del delito pueda comprender otros sitios perfectamente identificables por constituir una unidad conceptual. Por poner algunos ejemplos, un centro o pasaje comercial, un mercado o mercadillo, así como cualquier otro edificio o gran superficie que albergue dentro de un mismo espacio físico distintos establecimientos, podrían constituir perfectamente el objeto de la prohibición siempre que su imposición sea proporcionada para el supuesto concreto*".

Vº. 25.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO PENAL Y SU INTERRELACIÓN CON EL ARTÍCULO 321. DAÑOS EN BIENES DE VALOR HISTÓRICO.

La STS 641/2019, de 20 de diciembre, aborda por su interés casacional la cuestión de si "*en la determinación de si la calificación de los bienes que resultan dañados como de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, remite a una calificación administrativa previa, o por el contrario, se trata de un elemento normativo, a valorar judicialmente*"

La sentencia hace una somera referencia a la jurisprudencia existente con relación al anterior código penal, y a las STS 654/2004, de 25 de mayo y la STS 932/2016 de 15 noviembre, con enunciado contradictorio, al menos en su

estricta literalidad sobre la adecuada consideración de un bien, como de interés cultural, histórico o artístico, aunque carezca del reconocimiento formal de orden administrativo sobre dicha naturaleza, como haber sido declarado, registrado y/o inventariado por alguno de los procedimientos establecidos en la Ley sobre el Patrimonio Histórico de 1985, o por el contrario, entender únicamente cumplimentada esa calificación si cuentan con ese formal reconocimiento administrativo. También cita e ATS de 4 de octubre de 2102 en el que se deniega la autorización para la interposición de un recurso de revisión y afirma que "*el precepto aplicado solo exige que se trate de bienes de valor histórico, pero no exige su previa catalogación*".

A continuación, descartando una interpretación puramente literal de un párrafo de la STS 932/2016, la sentencia se decanta por la interpretación prácticamente mayoritaria que se realizaban en aplicación del código de 1973 por las siguientes razones:

"- i) La dicción legal de precepto, al contrario de lo que sucede con el art. 323, no exige una previa calificación administrativa.

- ii) Ello resulta acorde con la propia sistemática que relaciona ambas normas, donde una vez paliada alguna incoherencia de la redacción anterior, tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 323 como tipo de tutela residual o de recogida de los delitos que sancionan daños contra el patrimonio histórico, frente al art. 321 que sólo ampara los edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, en directa referencia a la normativa administrativa (art. 9.1 Ley sobre Patrimonio Histórico), conlleva una menor punición que la conducta del art. 321. En este 321 se tutelan los edificios singularmente protegidos y en el 324 el resto de bienes, muebles o inmuebles (incluidos edificios no reconocidos administrativamente como integrantes del patrimonio histórico) que gocen intrínsecamente de esa valoración histórica, artística, científica, cultural o monumental. –

iii) La propia Constitución Española, en su art. 46 indica que en su inciso final que la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio: histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. De modo que una interpretación formal de patrimonio, que no amparase a los no declarados formalmente como "bienes de interés cultural", pero que materialmente lo fueren, no satisface el este mandato de la norma constitucional.

- iv) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, ha entendido adecuada esta interpretación material de patrimonio histórico, cultural y artístico, como objeto de tutela penal, donde no integra requisito del tipo que haya precedido a la actuación delictiva, una formal declaración de que los bienes dañados, ostentan la condición de bienes de interés cultural o han sido incluidos en el inventario correspondiente; bastando el valor intrínseco de los bienes".

Por lo expuesto, desestima el recurso de casación interpuesto, y sienta la siguiente doctrina: "*El artículo 323 del Código Penal , cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico,*

científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 CE".

Como afirma la sentencia, "*esta consideración sobre el objeto material del delito previsto en el art. 323, permite una tutela penal más conforme al mandato constitucional que restaría sin amparar, tanto por el art. 321, como por el art. 319, como por resto de la normativa tuitiva del patrimonio histórico dispersa en otros tipos contra el patrimonio, como agravaciones específicas, en los delitos de hurto (art. 235.1.1º), robo con fuerza (art. 241.1), estafa (art. 250.1.3º), apropiación indebida (art.254), o receptación [(art. 298.1.a)]. De modo que así, también proyecta su ámbito el tipo del art. 323 CP, a:*

- Los bienes de valor histórico ocultos o no descubiertos.

- Los que por la dejadez del titular no han sido declarados. - Los que por la falta de agilización de los procesos o expedientes administrativos no hayan sido catalogados, inventariados o declarados de interés cultural.

- Los que por la deliberada descripción espuria de sus características no alcanzan reconocimiento administrativo.

- Los excluidos de la consideración por una errónea decisión administrativa. Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley.

Consecuentemente y, en definitiva, el elemento típico bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos integra un elemento normativo de naturaleza cultural a valorar judicialmente".

El tema fue objeto también de planteamiento y solución en la STS 335/2020, de 19 de junio, relacionando el artículo 323.1 y 235.1 del código penal. Aquél habla de bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos; éste habla de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Como recoge la sentencia, El problema se expone sencillamente: ¿Esos conceptos manejados por esos preceptos penales son propios, o son vicarios de la legislación administrativa? ¿ puede el aplicador penal valorar esos elementos de la tipicidad con autonomía, o está atado por las declaraciones o categorías de naturaleza administrativa que puedan haber recaído sobre los bienes? si un bien no está catalogado como bien de interés cultural o inventariado ¿decae ya la por sí posibilidad de aplicar estas tipicidades?.

Después de reflejar que el problema como advierte bien la representante del Ministerio Público está jurisprudencialmente resuelto hace muchos años. No se

requiere una previa calificación administrativa para aplicar estos preceptos penales, se remite y recoge la doctrina anteriormente expuesta de la STS 641/2019, de 20 de diciembre.

Vº. 26.- QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: CASUISTICA: SUPUESTOS DE LAS LLAMADAS PERDIDAS Y SU RELEVANCIA REPECTO A LA PROHIBICIÓN DE COMUNICACIÓN CON LA VÍCTIMA.

La STS 650/2019, de 20 de diciembre, resuelve un recurso de casación en el que el recurrente invoca la indebida aplicación del artículo 468.2 al entender "que la acción que se declara probada, la realización de una llamada telefónica a su expareja que no fue atendida por la destinataria, no cumple con los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal. Sostiene que en la llamada de teléfono no se entabla comunicación, no se conversa, no se hace partícipe al receptor del mensaje. Alega que, en estos supuestos, (llamadas telefónicas "perdidas", no atendidas por el destinatario) el delito de quebrantamiento se consuma con el establecimiento de la comunicación, no con el intento de llamada, el cual estaría exento de responsabilidad criminal (sic). Argumenta que si se forzara la interpretación de los tipos penales estaríamos ante un supuesto de tentativa cuando el sujeto favorecido por la protección no descuelga el teléfono y evita atender la llamada emitida por quien se encuentra obligado a cumplir la prohibición".

Como fundamento de la solución a la que llega la Sala destaca, en primer lugar, la duplicidad de bienes jurídicos protegidos con determinadas penas o medidas cautelares impuestas por determinados delitos como el que es objeto de enjuiciamiento a pesar de su ubicación sistemática dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Se entiende que estas conductas afectan no solo a la Administración de Justicia, sino que también lo hacen a la seguridad y tranquilidad de las víctimas, para cuya protección se imponen las medidas o las penas previstas en el artículo 48 CP. Con cita de la STS 664/2018, de 17 de diciembre, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, recuerda la sentencia analizada que la evolución normativa en materia de protección a las víctimas de malos tratos "*revela un marcado espíritu tendente a procurar la máxima protección de las víctimas ampliamente reconocido, por otro lado, por diversos pronunciamientos de esta Sala (STS 886/2010, de 20 de octubre ; STS 511/2012, de 13 de junio ; o STS 799/2013, de 5 de noviembre), y que, en lo que ahora nos afecta, incide en una especial configuración de la modalidad que analizamos, la del artículo 468.2 CP , que además de compartir con los quebrantamientos incluidos en el número 1 del artículo 468 CP como bien jurídico objeto de protección la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. En palabras de la STS 846/2017 de 21 de diciembre «se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero)*".

Y en relación con el objeto del recurso, el Tribunal Supremo desestima las dos cuestiones planteadas. En primer lugar, y respecto a la relevancia penal de la conducta, “el acusado practicó todos los actos que objetivamente debían permitir la comunicación con la denunciante. Pues efectivamente realizó la llamada con una evidente intención de establecer comunicación, y si no fue respondida no fue por su desistimiento, que ya no era posible, sino porque la parte receptora no la atendió, por la razón que fuere. Por lo tanto, superando los actos preparatorios llevó a cabo actos "directamente encaminados a la ejecución", desconoció el mandato derivado de la pena impuesta y llegó a poner en peligro los bienes jurídicos protegidos”.

Y rechaza que el delito fuera meramente intentado porque el artículo 48.3 del código penal “no se exige un contacto, escrito o verbal, de doble dirección”, ni se puede dejar en manos de la víctima la consumación del delito, y, finalmente, la perturbación de la tranquilidad y sosiego de la víctima es apreciable desde el momento en que es consciente de la existencia de la llamada.

En definitiva, concluye la Sala en esta sentencia fijando doctrina “en los casos en los que se efectúe una llamada al teléfono de la persona protegida por la medida o la pena, y esta no la atienda, el delito quedará consumado si ha sido efectiva la comunicación de la existencia de esa misma llamada efectuada por quien tiene prohibida la comunicación. En esos casos habrá existido un acto de comunicación consumado”.

Vº. 27.- UNIFICACION DE DOCTRINA: USO DE CERTIFICACIÓN FALSA: PEGATINA DE ITV.

La STS 343/2020, de 25 de junio, aborda una cuestión de claro interés casacional en la medida que había sido resuelta de forma contradictoria por distintas Audiencias Provinciales. El recurrente había sido condenado por un delito de uso de certificación falsa del artículo 399.2 en relación con el artículo 400 bis del código penal, al llevar en su vehículo una pegatina de la Inspección Técnica de Vehículos (ITV) correspondiente a otro vehículo para evitar ser sancionado al tener la suya caducada desde dos años antes. A juicio del recurrente, siendo legítimo el distintivo V-19 y no habiéndose manipulado tampoco la tarjeta de la inspección técnica de vehículo es claro que ni nos encontramos ante un delito de falsedad del artículo 392 y concordantes del Código Penal, ni se ha procedido al uso de un documento o certificado falso de los artículos 393, 396 o 399.2 del mismo texto.

La sentencia, después de analizar las distintas resoluciones dispares de las Audiencias Provinciales, concluye diciendo que “*los distintivos gráficos tienen la consideración de certificado a los efectos del artículo 399 del Código Penal, cuando confluyen en ellos las siguientes características: 1) Una previsión normativa que identifique un conjunto de productos, de servicios o de situaciones, a los que se exige cumplir unas cláusulas específicas para poder ser merecedores de una consecuencia también prevista; 2) El establecimiento de un sistema cerrado para el control de los condicionamientos impuestos; 3) La previsión normativa de un sello, o de un distintivo, al que se atribuye el significado de acreditar que concurren esas previsiones específicas en el objeto*

al que se incorporen y 4) Que corresponda a la administración pública vigilar la satisfacción de las exigencias de ese proceso".

Y añade, "los artículos 10 y 11 del Real Decreto 224/2008, que como se ha dicho sirven de base para proclamar la tesis de ser atípica la conducta enjuiciada, han sido derogados por el Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos. Y este reciente cuerpo normativo de sustitución, en vigor desde el 20 de mayo de 2018, en concordancia precisamente con los precedentes normativos anteriormente expuestos y con la Directiva 2014/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, que recoge en su artículo 12.1 «*Los vehículos que hayan superado favorablemente la inspección técnica periódica deberán colocar el correspondiente distintivo V-19 conforme a lo previsto en el anexo XI del Reglamento General de Vehículos, que será entregado por la estación de ITV y tendrá la consideración de prueba de inspección*»".

Vº. 28.- UNIFICACION DE DOCTRINA SOBRE LOS INTERESES DE DEMORA DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONTRATOS DE SEGURO.

La STS 351/2020, de 25 de junio, además de abordar el problema de la participación en delitos imprudentes con precisas referencias jurisprudenciales, fija doctrina al resolver el recurso de la entidad aseguradora sobre el artículo 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. La ausencia de precedentes en la Sala Segunda justificó que el asunto fuera llevado al Pleno de la Sala Segunda. Sobre el precepto existían dos posiciones interpretativas expuestas en las sentencias de otras jurisdicciones, lo que se conocía como teoría del tramo único o de los dos tramos de interés:

> "a) Aquélla que sostiene que, conforme a los mandatos de esta norma, durante los dos primeros años contados a partir de la fecha del siniestro sólo es aplicable el interés legal del dinero más el 50 por 100, cualquiera que sea el tiempo de tardanza de la compañía aseguradora en hacer efectivo el pago de su obligación, es decir, aunque este tiempo de tardanza supere con holgura ese plazo de dos años. Por ello, cualquiera que sea la duración de la mora, el interés del 20 por 100 sólo se abona a partir de la fecha en que se cumplieron los dos años desde la producción del siniestro.
>
> b) La postura contraria estima que el tipo del interés legal del dinero más el 50 por 100 sólo es aplicable en los casos en que la compañía de seguros cumple su obligación abonando al interesado o perjudicado la pertinente indemnización, antes de que haya transcurrido el referido plazo de dos años; toda vez que, si este plazo se supera y dicho pago se efectúa después de haber vencido el mismo, la aseguradora estará obligada a satisfacer un interés del 20 por 100 desde la fecha en que tuvo lugar el siniestro".

La Sala Segunda, teniendo en cuenta la consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Civil, secundada también por la de lo Social, y acoge la doctrina sentada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia 251/2007, de 1 de marzo, de la división en dos tramos. "*Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la* Ley 30/1995*, en cuyo apartado 6º justifica la reforma relativa al artículo 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que "se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero".*

Vº. 29.- DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN SU MODALIDAD DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227.1 DEL CODIGO PENAL: PAGO DE LAS CUOTAS HIPOTECARIAS.

La STS 348/2020, de 25 de junio, aborda la interpretación del artículo 227.1 del código penal en relación a si pueden o no constituir una de las prestaciones económicas que se encuadran dentro del tipo contenido en el citado artículo.

Distingue el recurrente entre prestaciones económicas y cargas del matrimonio, señalando que las primeras están dirigidas, a tenor del artículo 93 del Código Civil, a satisfacer los alimentos de los hijos o del cónyuge al que se le haya otorgado una pensión de alimentos o compensatoria acorde a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos. Por el contrario, las cargas del matrimonio se refieren a los pactos entre los cónyuges sobre la forma y el modo de amortización de las cargas que gravan el patrimonio de la sociedad de gananciales. Y a su juicio, las cuotas hipotecarias no constituyen una obligación familiar sino una carga del matrimonio. Por estas razones sostiene que el impago de la hipoteca no puede subsumirse en el delito de abandono de familia tipificado en el artículo 227.1 del Código Penal ya que, a tenor de los artículos 1362 a 1374 y concordantes del Código Civil, la deuda hipotecaria es una carga de la sociedad de gananciales que ambos cónyuges decidieron de común acuerdo pagar por mitad.

Para la Sala, además de partir el recurrente de premisas erróneas atendiendo a la jurisprudencia civil existente sobre la materia, el artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a "*cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos*" (…) y "*con independencia de la calificación o naturaleza que*

merezcan las cuotas hipotecarias", estaban comprendidas dentro de la resolución judicial como obligación a satisfacer por el recurrente. En consecuencia, "*tales prestaciones se fijaron con arreglo a la ley, con audiencia de ambos cónyuges, teniendo en cuenta el interés familiar, especialmente el superior interés de los dos hijos menores, y en atención a los ingresos de ambos progenitores. Con independencia de cuál sea la naturaleza de la cuota hipotecaria que gravaba la vivienda familiar como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales, lo que es evidente es que cubre una necesidad básica y que la parte que debía pagar el acusado fue tenida en consideración al fijarse, primero en la resolución judicial que puso fin al matrimonio y después en la sentencia de modificación de medidas, la pensión por alimentos que el acusado debía pagar a sus hijos, ya que en la misma resolución se acordó que aquel debía hacer frente al pago de la mitad de la hipoteca. No debe olvidarse que la hipoteca gravaba la vivienda habitual cuyo uso fue adjudicado a los hijos, y lógicamente a su madre, pero no por derecho de uso propio sino por ser a ella a quien se adjudicó la guardia y custodia de los menores. Ese derecho de uso se integra en los alimentos que los progenitores están obligados a proveer a los hijos conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil, que considera como tales "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica". Expresado en otros términos, la finalidad que cumplía la adjudicación de la vivienda familiar era la de asegurar cobijo a los hijos, como interés más necesitado de protección, integrándose de esta manera en el concepto de alimentos. En el supuesto de que los cónyuges no hubieran adquirido la vivienda en propiedad como medio de atender la necesidad de habitación de sus hijos, lógicamente la resolución debería haber previsto una solución habitacional alternativa en relación a los menores a la que necesariamente el acusado tendría la obligación de contribuir*".

Por las razones expuestas concluye la sentencia "*estimando que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el artículo 227.1 del Código Penal. Y, en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto*".

Vº. 30.- DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN SU MODALIDAD DE IMPAGO DE PENSIONES DEL ARTÍCULO 227 DEL CODIGO PENAL: DELIMITACION DE LAS MENSUALIDADES QUE DEBEN CONFORMAR EL OBJETO DEL PROCESO Y SER OBJETO DE RESARCIMIENTO DE ACUERDO CON EL APARTADO TERCERO DEL CITADO PRECEPTO.

La STS 346/2020, de 25 de junio, aborda como cuestión controvertida "*la delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento, en concreto qué mensualidades deben conformar el objeto del proceso, sólo las inicialmente denunciadas o además las posteriores adeudadas, y en este caso, hasta qué momento procesal serían incluidas (declaración del investigado, auto de incoación de procedimiento abreviado, escrito de acusación - pública y/o*

privada-, apertura del juicio oral, celebración del acto del juicio oral, la sentencia o la ejecución de ésta)".

Sobre este extremo ya se había pronunciado la Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/2007, citada por la propia sentencia, argumentando "*a favor del enjuiciamiento de los impagos producidos hasta el momento del juicio, delito permanente de tracto sucesivo acumulativo, una vez realizados los requisitos típicos (omisión dolosa del pago durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos), sobre los que ineludiblemente ha de ser oído en declaración el imputado en fase de instrucción, los incumplimientos posteriores constituyen elementos adicionales que se integran o acumulan al mismo delito por la realización de idéntica dinámica omisiva. La prolongación en el tiempo de esta conducta tendrá consecuencias en la delimitación de la responsabilidad civil o a la individualización de la pena (art. 66 CP), pero no afectan al título de imputación, que se mantiene idéntico. Esta especial naturaleza del delito tipificado en el art. 227 CP, determina que su ámbito temporal se extienda desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral... garantizando plenamente el ejercicio del derecho de defensa del imputado en relación con cada uno de los indicados períodos*".

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del delito analizado la Sala concluye diciendo que "*pueden ser objeto del proceso no sólo las mensualidades inicialmente denunciadas sino también las posteriores adeudadas*", sin que esta circunstancia produzca menoscabo alguno al derecho de defensa ya que conforme a la configuración de este tipo penal la acreditación de la falta de posibilidades para el abono compete al imputado y puede solicitar -ex art 788.4 de la L.E. Criminal- la suspensión ante la modificación de la calificación. A mayor abundamiento añade la Sala que "*de ello deriva un obvio beneficio para la denunciante, al no tener el primero que iniciar sucesivas denuncias frente al incumplimiento, evitando la posible situación de desamparo de los verdaderos perjudicados que son los hijos menores, y en cuanto a la aquí acusada, a diferencia de lo apuntado por la misma, sin duda ello le ha producido un obvio beneficio penológico*"

A estos efectos debe tenerse en cuenta la conclusión 6ª de la Consulta 1/2007 de la Fiscalía General del Estado antes citada en cuanto imparte pautas de actuación al Ministerio Fiscal: "*En los supuestos en que en el acto del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos generados hasta esa fecha, posteriores a los incluidos en el escrito de acusación, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan manifiestamente de la prueba practicada en el dicho acto, en su caso, con el aplazamiento previsto en el art. 788.4 LECRIM, los Sres. Fiscales deberán modificar sus conclusiones provisionales presentado otro escrito con las definitivas, incluyendo los incumplimientos acreditados hasta la fecha del juicio oral, con sus correspondientes consecuencias en relación con la petición punitiva (art. 66 CP) y con la responsabilidad civil*".

Vº. 31.- INTERPRETACION DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 337.4 DEL CODIGO PENAL.

La STS 186/2020, de 20 de mayo, aborda la interpretación del apartado 4 del artículo 337 del código penal que fue incorporado por la LO 1/2015 al recuperar como delitos leves algunas de las antiguas faltas.

Las dificultades interpretativas generadas por esta figura habían sido puestas de relieve por la jurisprudencia de las Audiencias, dando lugar a soluciones contradctorias. Si bien no existían importantes discrepancias en la delimitación de la acción típica "maltratar cruelmente", sí respecto a las condiciones en que se dispensaba la tutela penal. La ambigua fórmula "*a animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente*", alimentó la polémica respecto a la existencia o no de un doble nivel de protección. Es decir, si se confería un tratamiento diferenciado a favor de los animales domésticos, cuyo cruel maltrato quedaría encuadrado en la órbita del precepto cualquiera que fuera el lugar donde se desarrollara, frente al que afectaba a los animales que no encajan en esa categoría, cuya tipicidad quedaba condicionada a que la desconsiderada agresión tuviera lugar en espectáculos no autorizados legalmente. O si, por el contrario, este último presupuesto locativo afectaba a unos y a otros, lo que relegaba al ámbito administrativo el maltrato de animales domésticos sin proyección a terceros.

La Sala se inclina por la primera de las interpretaciones seguida mayoritariamente por las Audiencias y con el precedente de la STS 183/2012, de 13 de marzo, y el ATS 2139/2010, de 2 de diciembre. "*Como apuntaron la mayor parte de las sentencias citadas, y también el Fiscal al impugnar ahora el recurso, el grafema o es una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Esta conjunción no siempre implica opciones excluyentes y de hecho a menudo alude a condiciones indistintas e incluso compatibles, siendo el contexto el que le asigna valor particular en cada caso. Y es precisamente ese contexto el que nos aboca a considerar que en este caso el legislador la utilizó para distinguir un supuesto de otro. Esto es, los animales domésticos de los que no lo son, pues de haber querido, como pretende el recurrente, sancionar el maltrato de animales domésticos y de cualesquiera otros solo cuando el de ambos se produjera en espectáculos públicos no autorizados, le hubiera bastado con redactar el precepto aludiendo al maltrato de cualquier animal en espectáculos públicos no autorizados legalmente, sin necesidad de redundar en dos categorías. La distinción es muy significativa y conduce a la interpretación diferenciada de las conductas, máxime si reparamos en que lo contrario obstaculizaría la protección penal de los animales domésticos, en cuanto relegaría a simple infracción administrativa el maltrato cruel en el ámbito privado, que resulta precisamente el más propicio para ello*".

Aborda también la sentencia la relación de subsidiariedad del apartado 4 respecto de los que le preceden en el artículo 337, y termina delimitando la acción típica de aquel apartado.

"Una visión integrada del texto penal aconseja una interpretación homogeneizadora. Por ello, a la hora llenar de contenido un concepto valorativo como el de grave menoscabo a la salud, lo más plausible es establecer un parangón con las figuras penales de similares perfiles, en este caso las que protegen la integridad física de los humanos: los delitos de lesiones. Esta parece ser la pauta seguida por el legislador a la vista de la similitud en el enunciado de las modalidades agravadas previstas en uno y otro caso. El artículo 337.2 incluye como tales las mismas que los artículos 148 y ss. Tanto aquellas que lo son por la entidad del menoscabo físico (artículo 149), las que se refieren a los medios comisivos (empleo de instrumentos peligrosos de los artículos 148.1), a los modos de ejecución (el ensañamiento artículos 148.2), o aquellas orientadas a proteger a los menores, como el perpetrar el hecho a su presencia (153.3). En esta línea, a la hora de concretar lo que deba entenderse por menoscabo grave de la salud al que alude el artículo 337.1 CP, un primer enfoque nos proyectaría sobre el concepto de "grave enfermedad" que, cuando de humanos se trata, el artículo 149 equipara a la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano, o miembro principal. Sin embargo, tal opción no puede acogerse linealmente porque "la pérdida o inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal" están específicamente previstos como presupuestos de agravación en el apartado 2 del artículo 337 que, aun sin sustantividad independiente como ocurre en el delito de lesiones graves del artículo 149, elevan la pena a la mitad superior. Partiendo de tales premisas la lógica aconseja interpretar la modalidad básica del artículo 337.1 como proyección de su equivalente cuando del delito de lesiones se trata (artículo 147.1), con imprescindibles modulaciones. Tomando como referencia el que se erige como concepto normativo básico en el delito de lesiones, el tratamiento médico o quirúrgico, será necesario que el animal requiera para su curación tratamiento veterinario, más allá del que se agota en una primera asistencia. Ahora bien, ese único presupuesto abarcaría detrimentos de la salud que difícilmente soportarían el calificativo de graves, lo que exige un plus que dependerá de las circunstancias del caso. Este podrá venir determinado por diversos factores. Entre ellos, sin afán de fijar un catálogo exhaustivo, habrán de valorarse la intensidad de la intervención veterinaria requerida; si hubiera exigido o no hospitalización; el riesgo vital generado por la herida o su potencialidad para acelerar significativamente procesos degenerativos; el periodo de tiempo durante el cual el animal haya estado imposibilitado para el desempeño de la actividad propia de su especie; y las secuelas o padecimientos permanentes. Sin olvidar que, si éstos últimos conllevan la pérdida de un sentido, órgano o miembro principal, necesariamente determinaran la imposición de la pena en su mitad superior (artículo 337.2)".

Todo lo que por defecto no tenga encaje en el concepto así perfilado, quedará abarcado por el delito leve del artículo 337.4. CP, que ni siquiera exige que se haya llegado a causar lesión. La acción típica del delito previsto en el artículo 337.4 es maltratar cruelmente. *"El maltrato no solo comprende los ataques violentos, sino todos los comportamientos que, por acción u omisión, sean susceptibles de dañar la salud del animal. No requiere el tipo la habitualidad, pero el adverbio modal "cruelmente" añade una nota de dureza o perversidad, de gratuidad en la actuación que permita deducir una cierta complacencia con el sufrimiento provocado. Presupuesto que podrá cumplirse, bien con un*

proceder aislado de suficiente potencia, o con una reiteración de actos que precisamente por su persistencia en el tiempo impliquen un especial desprecio hacia el sufrimiento y dolor susceptibles de irrogar".

Vº. 32.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 197.7 DEL CODIGO PENAL. DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS.

La Circular 3/2017, de 21 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, aludía a la necesidad de dar una *"respuesta penal ante determinadas conductas asociadas con frecuencia, aunque no necesariamente, a supuestos de ruptura en relaciones de pareja o de amistad, que se ven favorecidas por la potencialidad que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) para el copiado y difusión de imágenes y contenidos. Este tipo de conductas, que se están detectando con relativa frecuencia, resultaban hasta ahora difícilmente encuadrables en el art. 197 CP en su redacción previa a la reforma analizada, porque el tipo penal exigía que las imágenes o grabaciones audiovisuales que posteriormente iban a difundirse se hubieran obtenido sin consentimiento de la persona cuya intimidad resulta vulnerada. Por el contrario, lo que caracteriza a los supuestos que nos ocupan es que las imágenes/grabaciones se obtienen con la anuencia de la persona afectada, sobre la base, generalmente, de una relación de confianza, disponiéndose después de ellas, en perjuicio de la víctima, muchas veces por motivos de venganza o despecho. Por eso, hasta el momento, la única posibilidad de actuar penalmente frente a estos comportamientos -y así lo ha venido haciendo el Ministerio Fiscal- era por la vía del art. 173.1 del CP, y aun así, solo cuando resultaba posible acreditar que la difusión pública de imágenes o grabaciones de la víctima suponía un menoscabo en su integridad moral*".

La STS 70/2020, de 24 de febrero, aborda la subsunción en el delito del artículo 197.7 unos hechos que consistieron en la remisión por el acusado de la foto de una mujer desnuda al compañero sentimental de ésta y que había obtenido con su consentimiento por la relación de amistad que tenían.

A juicio del recurrente, el hecho probado no puede ser subsumido en el delito por el que se ha formulado condena. El acusado no obtuvo la fotografía de la denunciante en su propio domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros -como exige el precepto legal-, sino que fue ella la que «... obviando su autoprotección», remitió al acusado la fotografía en la que se exhibía desnuda. Esa entrega -se aduce- no se hizo mediante un acto privado, como habría sido la entrega de una copia en soporte papel, sino a través de una red social, «... perdiendo (...) el control sobre la misma y sin saber hasta dónde puede llegar a parar al haber sido compartida». Además, la imagen no se ha difundido, como exige el art. 197.7 del CP, ya que fue remitida sólo a una persona. El precepto emplea deliberadamente el vocablo « terceros», exigiendo, por tanto, una pluralidad de destinatarios. Y niega finalmente que no ha existido un "grave menoscabo de la intimidad" de la denunciante.

Como introducción, la Sala reconoce que el art. 197.7 del CP ha sido, desde su introducción por la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, un precepto controvertido. Su valoración enfrenta a quienes consideran que se trata de un tipo penal indispensable para evitar clamorosos vacíos de impunidad - sexting o revenge porn- y aquellos otros que entienden, por el contrario, que la descripción del tipo vulnera algunos de los principios informadores del derecho penal.

Para unos, la experiencia enseña la existencia de amantes despechados que se vengan de su pareja -revenge porn- mediante la difusión de imágenes que nunca fueron concebidas para su visión por terceros ajenos a esa relación. En opinión de los segundos, la reparación de la intimidad vulnerada, cuando la imagen ha sido obtenida con pleno consentimiento de quien luego se convierte en víctima, debería obtener mejor acomodo fuera del ámbito del derecho penal.

La Sala, consciente de estas dificultades, se centra en valorar el juicio de subsunción de los hechos enjuiciados en la conducta típica del artículo 197.7 con respeto a los principios de legalidad y taxatividad. Y en este aspecto va desmenuzando uno a uno los argumentos esgrimidos por el recurrente, en un elogiable ejercicio de técnica casacional, para fundamentar el fallo desestimatorio de sus alegaciones.

En primer lugar, la acción nuclear consiste en difundir imágenes «obtenidas» con el consentimiento de la víctima en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. El vocablo «obtener» -según el diccionario de la RAE- es sinónimo de alcanzar, conseguir, lograr algo, tener, conservar y mantener. Resulta muy difícil sostener que cuando esas imágenes se remiten por la propia víctima y se alojan en el móvil del destinatario, en realidad, no se consiguen, no se logran, no se tienen, no se conservan o no se mantienen. La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas.

En segundo lugar, y, acotando el abanico de sujetos activos, la Sala precisa que siendo el núcleo de la acción típica la “difusión”, han de excluirse a terceros extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal. Retomando el informe del Ministerio Fiscal, sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza. Este es,

además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos.

En tercer lugar, rechaza el argumento utilizado por el recurrente de que fue la propia víctima quien creó el riesgo de difusión. Quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo.

En cuarto lugar, la Sala rechaza también el argumento de la defensa sobre que el hecho enjuiciado no se ajustaba a la conducta típica al faltar una verdadera difusión. Para la Sala, así como el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona. Y retomando nuevamente las palabras del Ministerio Fiscal, el requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes.

Finalmente, también descarta el otro razonamiento defensivo negando que se hubiera producido un grave menoscabo de la intimidad de la víctima al tratarse de un mero desnudo desconectado de cualquier connotación sexual o provocativa. Para la Sala, aún reconociendo la justificación de las críticas dogmáticas que han alertado acerca del hecho de que el único recorte típico en la esfera de incriminación venga dado por una cláusula valorativa indeterminada que genera inseguridad jurídica («menoscabe gravemente la intimidad»), el objeto material de este delito no se integra por imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual. Se proyecta sobre toda manifestación de la intimidad que quiera resguardarse frente a aquellos terceros que no están incluidos en el espacio de legitimidad que otorga la anuencia de la víctima. Lo verdaderamente determinante es que el desnudo es expresión inequívoca de la intimidad personal. El que su exhibición pueda ser consentida en determinados contextos no es obstáculo para reivindicar su exclusión frente a terceros no incluidos en el compartido ámbito de la privacidad.

Como ampliación a la doctrina sentada en la citada sentencia, circunscrita a un supuesto específico, la Circular 3/2017, analiza también otros aspectos que es preciso reflejar en aras a mantener la unidad de criterio.

Así, en primer lugar, el nuevo tipo penal se refiere específicamente a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona, y por tales hay que entender, como dice la Circular, "*tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos*

otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El Legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión inconsentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado".

En segundo lugar, respecto de la conducta típica, ha de tenerse en cuenta, como precisa la Circular, que "*en aquellos supuestos en que la difusión inconsentida lesione no solo la intimidad del afectado sino que también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, produzca una grave afección en la integridad moral de la persona concernida. En estos supuestos, al resultar afectados bienes jurídicos distintos, se produciría un concurso ideal entre el delito contra la intimidad del artículo 197.7 y un delito contra la integridad moral del artículo 173.1, ambos del CP a penar de conformidad con el artículo 77.2 del mismo texto legal*". Así como que, no integrándose el objeto material del delito por imágenes o grabaciones de marcado carácter sexual, es interesante recordar, como dice la Circular, que aun cuando este puede ser normalmente el contenido, "*las mismas pueden reflejar otros aspectos de la intimidad, tales como las creencias, la ideología, la salud física o psíquica o la situación económica del perjudicado*". Lo trascendente es que tenga una naturaleza esencialmente reservada, también que se haya tomado en un marco estrictamente privado y que su difusión pueda provocar una seria injerencia en el ámbito personal de intimidad del afectado, porque solo en ese caso el conocimiento por terceros de dichos contenidos podría generar una grave afección en su derecho a la intimidad personal.

En tercer lugar, sobre de la cualificación recogida en el apartado segundo del artículo 197.7, que "*la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección*", añade la Circular que "*ha de plantearse la concurrencia de este ilícito con los delitos sancionados en el art. 189 CP cuando las imágenes obtenidas y posteriormente difundidas merezcan la consideración de material pornográfico, de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto en su actual redacción, concepto en cuya interpretación habrá de tenerse en cuenta lo establecido en la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015. En estos supuestos se produciría un concurso ideal entre el delito que se examina, art. 197.7, párrafo 2º y el art. 189.1º b) ambos del CP, a penar de conformidad con el art. 77.2 del mismo texto legal dado que, como bien se explicaba en la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, la acción ilícita, no solamente lesiona la intimidad del afectado, cuya imagen se difunde sin su autorización, sino que pone también en peligro la indemnidad sexual de los menores, genéricamente considerados, como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil*".

En cuarto lugar, aunque la delimitación de la autoría es abordada por la sentencia con cita de la Circular, ésta matiza, por un lado, que "*pueden concurrir las diferentes formas de participación que contemplan los artículos 28 y 29 CP. Así, cabría la coautoría cuando dos o más personas comparten el dominio del hecho y obtienen las imágenes que posteriormente y sin autorización distribuyen, y la cooperación necesaria y la inducción en quienes, sin haber intervenido en la obtención de la imagen y antes de inicial transmisión,*

inducen o cooperan con los autores en la divulgación o cesión de los contenidos a otras personas. Es igualmente factible la participación como cómplice por parte de quien, sin estar incluido en los anteriores supuestos, colabora en la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos", y, por otro, en relación con los terceros ajenos a la acción inicial –extranei-, la Circular también precisa que tales conductas, "*en principio, únicamente podrían dar lugar a la utilización de los mecanismos previstos en la L.O 1/1982 del protección civil del derecho al honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen*".

Y, finalmente, "*no resulta ocioso recordar que nos hallamos ante un delito semipúblico en el que, por mor de lo dispuesto en el apartado tercero del citado artículo 201 CP, el perdón del ofendido o su representante legal extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1º del artículo 130 del mismo texto legal, relativo éste último a los supuestos de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En consecuencia, el perdón de la persona cuya imagen hubiera sido difundida sin su autorización, producirá el indicado efecto cuando haya sido prestado en forma libre y voluntaria, circunstancia que habrán de valorar los Fiscales en cada caso concreto y en atención a las circunstancias concurrentes, especialmente en los supuestos -desgraciadamente frecuentes en los que la conducta prevista en el artículo 197-7, se relaciona con situaciones de violencia de género y/o violencia doméstica*".

Vº. 33- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 89 DEL CODIGO PENAL SOBRE LA SUSTITUCION DE LA PENA DE PRISION: HA DE TENERSE EN CUENTA QUE LA PENA FINALMENTE IMPUESTA NO SUPERE EL AÑO DE PRISIÓN.

La STS 233/2020, de 26 de mayo, aborda la interpretación que debe realizarse del artículo 89 del código penal a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. La reforma impone un límite mínimo para poder acordar la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional. Este límite es de un año. Pero la duda interpretativa surgía sobre si la pena de un año ha de ser la prevista en abstracto para el delito cometido o la efectivamente impuesta en sentencia.

En la jurisdicción contencioso-administrativa también se planteó el dilema porque el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se refiere a la misma cuestión describiendo el límite con la siguiente expresión: "*delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año*". La referencia expresa al delito permitía ambas posibilidades interpretativas.

La cuestión fue zanjada por la STS, sección 5ª, 893/2018, de 31 de mayo, inclinándose el alto tribunal por estimar que se debía tener en cuenta la pena concretamente impuesta y no la fijada de forma abstracto al delito correspondiente.

Y este es el criterio que la Sala Segunda entiende que también debe seguirse en la jurisdicción penal. El artículo 89 del Código Penal no deja espacio para la duda. Señala con toda precisión que deben tenerse en cuenta no las penas asignadas al delito sino "*la pena impuesta*", que no es otra que la establecida judicialmente en la sentencia. Lo contrario vulneraría el principio de legalidad de las penas proclamado en el artículo 25 de la Constitución.

Como argumento añadido expone la sentencia que "*el principal argumento de esta línea interpretativa se encuentra en que las sanciones en materia de extranjería tienen su justificación en la prevención de una amenaza contra el orden público o la seguridad nacional, por lo que para la imposición de una sanción lo que debe tomarse en consideración es la amenaza específica que suponga la conducta del extranjero, lo que se concreta en la sanción fijada por el juez penal. Esa dirección hermenéutica tiene apoyo, entre otros argumentos, en la sentencia del TJUE de 10/07/2008, (asunto C-33/07), que interpretando los artículos 18 CE y 27 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, ha señalado: (24), que "tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general*".

Vº. 34.- INTERPRETACION DE LA NORMA CONCURSAL DEL ARTÍCULO 382 DEL CODIGO PENAL.

La STS 350/2020, de 25 de junio, contempla un supuesto de condena por conducción temeraria del artículo 381.1 y por un delito doloso de lesiones del artículo 148.1 por utilización de instrumento peligroso, en el que se aplica la regla concursal del artículo 382 del código penal.

Discrepa el recurrente de la Sentencia de la Audiencia, porque no puede ser aplicada la cláusula concursal del art. 382 del Código Penal cuando el delito de resultado lesivo es un delito de lesiones, doloso, máxime en este caso, con dolo directo, en el cual el acusado dirige su acción hacia la comisión de un delito contra la integridad física del sujeto pasivo, de forma consciente, utilizando el vehículo a motor como instrumento peligroso, es decir, como arma delictiva.

Como precedentes cita la resolución analizada la STS 64/2018, de 6 de febrero, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina en la Jurisdicción de Menores, y la STS 744/2018, de 7 de febrero de 2019.

La Sala da la razón al recurrente porque *"la norma concursal prevista en el art. 382 del Código Penal está pensaba para conceder una respuesta penológica adecuada a aquellos hechos delictivos que causan, además del peligro, un*

resultado lesivo. El legislador no quiere que el delito de peligro quede absorbido en el delito de resultado, sino que se aplique un concurso delictivo, de manera que se imponga la pena del delito más grave en su mitad superior. Pero esta norma concursal no puede ser aplicada cualquiera que sea el delito de lesión causado. Ciertamente, la literalidad de la norma no lo impide, porque únicamente se refiere a que se produzca "un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad". Pero quien con su acción se dirige a causar individualmente un resultado doloso frente a una persona en particular, utiliza el automóvil como un instrumento, no resultando afectado el riesgo causado para la circulación hacia ese concreto sujeto, porque, respecto de él, lo que quiere el autor es herirlo o matarlo. Ahora bien, si con tal acción pone en peligro concreto, como lo es en este caso, otros bienes jurídicos individuales, tal acción no puede quedar impune, sino que se aplicará, frente a ellos, la correspondiente sanción por la comisión de un delito de peligro en el ámbito de la seguridad vial" (…). "Para la aplicación de la norma concursal se requiere que el autor, además del riesgo prevenido, origine un resultado lesivo constitutivo de un delito imprudente, o eventualmente con dolo eventual. El dolo directo de atentar contra la vida o causar una lesión a la víctima perseguida por el autor, impide la aplicación de la cláusula concursal, porque lo querido es llevar a cabo tal resultado. En ese supuesto, cuando se afecta la seguridad vial que incluya como bien jurídico a terceros, podrá dar lugar a un concurso real de delitos, a sancionar por separado".

Sin embargo, la estimación del recurso y la recuperación de las penas impuestas por el Juzgado de lo Penal suponían un incremento de la penalidad que podía contravenir el principio de la reformatio in peius (cuatro años frente a tres años, seis meses y un día). No obstante, la Sala considera que es una solicitud de la parte recurrente, que entiende que puede ser más favorable, y además técnicamente es la que procede.

Vº. 35.- PRINCIPIO ACUSATORIO: PENAS ALTERNATIVAS.

La STS 292/2020, de 10 de junio, aborda, entre otros motivos de casación, el que se articula en relación con la facultad del Juzgador de elegir dentro de las penas alternativas con las que está sancionada una conducta, una pena distinta de la solicitada por el Ministerio Fiscal.

En la sentencia recurrida la Audiencia, confirmando la del Juzgado de lo Penal, impuso una pena de multa en lugar de la de trabajos en beneficio de la comunidad que había solicitado el Ministerio Fiscal en conclusiones definitivas a un acusado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

A juicio de la Sala Segunda, "*la incorporación a un tipo penal de varias penas enunciadas con carácter alternativo puede suscitar la duda de si el Tribunal es libre para la elección de cualquiera de ellas, con independencia de la que solicite el Ministerio Fiscal. En principio, podría pensarse que el carácter disyuntivo de las penas otorga esa libertad de elección, en la medida en que la respuesta penal asociada por el legislador a una determinada conducta es expresiva de una valoración que ha estar ajustada al principio de*

proporcionalidad y enlazada con el desvalor de la conducta descrita como antijurídica. Sin embargo, la inicial claridad de esta idea se oscurece cuando en un mismo precepto -el art. 379 del CP es un ejemplo-, se incluyen de forma alternativa las penas de prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Que la pena de prisión es más grave que la de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad resulta bien claro. Y atendiendo al criterio taxonómico que inspira la redacción del art. 33 del CP, la pena de multa es también más grave que la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Cuando el Fiscal en conclusiones provisionales interesa una pena de trabajos en beneficio de la comunidad está optando por un límite penológico que puede condicionar -de hecho, condicionará- la estrategia de la defensa. Esa petición, por ejemplo, puede haber sido determinante del rechazo a la conformidad del acusado. Abrir la posibilidad de que el órgano judicial, de forma sorpresiva, imponga como desenlace del proceso una pena de prisión, carece de justificación desde la perspectiva del derecho de defensa y de la obligada escisión funcional entre las labores de acusación y defensa que, a su vez, es presupuesto de la imparcialidad del Juez.

La Sala estima que la enumeración que hace el art. 379 del CP de tres penas -prisión, multa y trabajos en beneficio de la comunidad-, enunciadas en términos alternativos, tiene una indudable naturaleza secuencial. Se trata de tres penas fijadas atendiendo a una gravedad descendente. Cuando el Fiscal opta por una u otra de esas opciones está definiendo los términos de la respuesta penal del Estado en el supuesto de que el proceso desemboque en una sentencia condenatoria. La exigida correlación entre la propuesta acusatoria del Fiscal y la sentencia del Juez, en supuestos de esta naturaleza, no puede ser quebrantada con la elección sobrevenida de una pena más grave que el órgano judicial considera.

Cuando así se actúa se vulnera, no sólo el tipo legal que define la pena imponible, sino las exigencias del principio acusatorio, tal y como ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala. Así lo hemos proclamado en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006: "... el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa". Este acuerdo fue matizado por el de 27 de diciembre (noviembre) de 2007 (cfr. SSTS 16/2006, 13 de marzo y 11/2008, 11 de enero, entre otras muchas)".

El primero de los mencionados Acuerdos fue desarrollado en la STS 1319/2007, de 12 de enero, en la que se explicaba que tal acuerdo se fundaba "... en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ..." A ello se añadía que la motivación no puede

convalidar la vulneración de tal principio, "...cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre). *De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan* (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral ...".

Vº. 36.- DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ARTICULO 468 DEL CODIGO PENAL: PENALIDAD CUANDO LA PENA INCUMPLIDA SEA LA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE.

La STS 683/2019, de 29 de enero, resuelve por su interés casacional al existir criterios diferentes entre las Audiencias Provinciales, la cuestión de si ante el incumplimiento por quebrantamiento de una pena de localización permanente, la pena imponible, conforme al art. 468-1º del Código Penal, es la pena de multa o la pena de prisión.

El problema de interpretación fue abordado por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 1/2016, sobre la pena imponible en los casos de quebrantamiento de una pena de localización permanente. El criterio de la Fiscalía, manteniendo la vigencia de la Instrucción 3/1999 y las razones que llevaron a declarar que no todo quebrantamiento de penas privativas de libertad debe hacer surgir la modalidad agravada. "*No se aprecian en la regulación de la localización permanente rasgos que difieran de la idea de que el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquélla exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad, de la consideración de que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad. En suma, sigue siendo lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia (Instrucción 3/1999)*".

Los argumentos que utiliza la Sala son similares y llega a la misma conclusión. "*Naturalmente, el cumplimiento de una pena de localización permanente, que sin duda es una pena privativa de libertad (art. 35 del Código Penal), no contiene las exigencias materiales del cumplimiento de una pena de prisión en un centro penitenciario, y por ello, no puede restringir las posibilidades del ejecutoriado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas. Tal vez por ello, ni siquiera se llama arresto, como el antiguo arresto de fin de semana, sino localización permanente, que significa una restricción de libertad, de caracterización material de inferior categoría a la propia pena de prisión. Esta pena impone al condenado la obligación de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo, por lo que el penado ve restringida su libertad y pierde la capacidad de situarse espacialmente donde desee. Por otra parte, como quiera que la localización permanente no implica ingreso en prisión, no genera el inicio de la relación jurídica penitenciaria y con ello, de la relación de sujeción especial que la misma implica*". En consecuencia, "*podemos entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia. La solución apuntada es, por lo demás, más respetuosa con el principio de proporcionalidad. Desde su atalaya, procede sancionar con pena de multa los supuestos que contemplamos*".

La Sala aborda también otro efecto colateral no menos importante. Es el referente al tratamiento que ha de darse a los supuestos en los que su ejecución deriva de una sustitución conforme al artículo 71.2 del código penal o de una forma de responsabilidad personal subsidiaria conforme al artículo 53 del mismo texto legal. La sentencia sigue también la misma línea argumental de la Consulta y llega a la misma conclusión.

Literalmente la consulta recoge que "*cuando la pena de localización permanente se impusiera como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP), el quebrantamiento dará también lugar a la deducción de testimonio y a la incoación de nueva causa por el tipo atenuado del art. 468 CP, no siendo procedente el retorno a la pena original, pues la prisión inferior a tres meses se sustituye "en todo caso". En estos supuestos la pena de prisión queda definitiva e irreversiblemente sustituida por la pena de localización permanente. El art. 88.2 CP disponía que "en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará (…)", previsión que daba argumentos a la tesis favorable al retorno. Sin embargo, la desaparición de esta regla tras la reforma operada por LO 1/2015 deja desprovista de asideros a tal interpretación. La localización permanente puede ser también una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP). En este punto ha de recordarse la Circular 2/2004 que establecía que "en los supuestos en los que la responsabilidad personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad". Pues bien, si descartada la suspensión y los*

trabajos en beneficio de la comunidad finalmente se opta por la privación de libertad a cumplir mediante localización permanente, el incumplimiento generará igualmente como efecto la incoación de nueva causa por delito de quebrantamiento en su modalidad atenuada".

Vº. 37.- DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ARTICULO 468 DEL CODIGO PENAL: INCARDINACION EN LA CONDUCTA TÍPICA PREVISTA EN EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE LAS MEDIDAS IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS DE MENORES CUANDO SE PRODUCEN ALCANZADA LA MAYORÍA DE EDAD.

La STS 662/2019, de 14 de enero, aborda la cuestión sobre la aplicabilidad a una persona mayor de edad penal del artículo 468.1 del código penal, en caso de quebrantamiento de una medida (en este caso de internamiento en régimen semiabierto) que se encontraba cumpliendo y que le fue impuesta siendo menor de edad, conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La posición del recurrente se abriga en que la acción probada ha de considerarse atípica penalmente, toda vez que apunta que "*cuando el artículo 468. del código penal habla del "quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia", se refiere a las contenidas en el Código Penal (penas del artículo 33 y medidas del artículo 96), pero no a las medidas de protección que contempla la Ley Penal del Menor, pues éstas, como se indica en la Exposición de Motivos de la misma, aun teniendo un carácter sancionador, no tienen una finalidad represiva sino preventivo-especiales y están orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas (...)*". Invoca en apoyo de su tesis los artículos 14.1 y 50 de la LO 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

La Sala se pronuncia "*a favor de la desestimación del recurso, por entenderse sólidos los argumentos a favor de considerar que el menor que delinque como menor y quebranta una medida de las impuestas en la Ley de responsabilidad de menores, pero lo hace siendo mayor de edad no puede aplicársele la citada Ley, sino el Código Penal, por lo que al tener ya los 18 años cumplidos no puede atenderse que cuando los haya cumplido hayan pasado solo unos días, sino que el alcance de la mayoría de edad le hace someterse al Código Penal, no a la Ley antes citada. No se trata de madurez o inmadurez, sino de un dato objetivable, como es la edad de 18 años, por lo que no puede retrotraerse a que la legislación aplicable sea la de menores cuando se delinque siendo mayor de edad".*

La Sala va desmenuzando uno por uno los argumentos en los que sustenta esta tesis y la correcta interpretación de los preceptos invocados. Apunta también a la naturaleza de las medidas y de las penas, así como que una cosa es la naturaleza de aquellas y otra muy distinta la consecuencia jurídica del incumplimiento de la medida o de la pena en cuanto suponen el quebrantamiento de una condena, y, en definitiva, que el quebrantamiento de una medida siendo mayor de edad no puede ser una conducta impune. "*Se*

produciría una situación de incongruencia en la respuesta penal si este comportamiento (quebrantamiento de una medida), siendo menor de edad, tuviera una consecuencia sancionadora en el ámbito de la justicia de menores, y siendo mayor de edad no tuviera respuesta de ningún tipo".

Cita a su vez, en apoyo de la posición adoptada, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, que igualmente concluye "*que el comportamiento del menor debe ser encuadrado en el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 del Código Penal al señalar que es posible que el quebrantamiento tenga lugar cuando el menor ya haya alcanzado la mayoría de edad (art. 14), en cuyo caso no sería procedente incoar el expediente; obviamente, en este caso, aunque la Ley diga que "el Juez de Menores remitirá testimonio del quebrantamiento de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal", el Juez de Menores deberá remitir el citado testimonio al Juzgado de Instrucción competente; en caso de que lo remita al Ministerio Fiscal, deberá éste enviarlo al Juez de Instrucción. Ante la indefinición de la Ley, cabe preguntarse qué delito constituiría el quebrantamiento de una medida no privativa de libertad. Resulta evidente que el delito no podrá ser otro que el previsto en el tipo subsidiario que contempla el inciso final del art. 468 CP, castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Teniendo presente que la duración de la medida de internamiento no puede exceder del tiempo que duraría la pena que se le podría imponer al responsable mayor de edad (art. 8), y operando con la regla establecida en el art. 53.1 CP para calcular el tiempo de privación de libertad que conllevaría el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, resulta que la medida de internamiento que se impusiese a un menor por la comisión de un delito de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad no podría exceder de trescientos sesenta días de duración, lo cual debería constituir una importante matización de la expresión "por el tiempo que reste para su cumplimiento". Por otra parte, imponer una medida de internamiento de tan larga duración -la duración máxima de las medidas no puede exceder ordinariamente de dos años (regla 3.ª del art. 9)- por un delito que en el CP castiga tan sólo con pena pecuniaria supondría, sin duda, una vulneración del principio de proporcionalidad que debe presidir toda actividad de determinación y fijación de la pena o medida correspondiente al delito cometido*".

También respalda esta postura la STS 944/2010, de 25 de octubre, que resuelve un recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal al haber condenado dos Juzgados de lo Penal al mismo acusado por el mismo hecho, en el que se estima el recurso pero no se cuestiona en absoluto la tipicidad de la conducta, y la STS 146/2014, de 14 de febrero, en que implícitamente admite también la incardinación de la conducta analizada en el delito de quebrantamiento de condena.

Vº. 38.- DELITO CONTINUADO. INTERPRETACION DE LOS APARTADOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 74 EN LOS DELITOS PATRIMONIALES.

La STS 419/2020, de 22 de julio, viene a consolidar la doctrina jurisprudencial ya existente sobre la aplicación de los apartados primero y segundo del artículo

74 del código penal en los delitos patrimoniales. El recurrente había sido condenado por un delito continuado de estafa en la que los hechos individuales de la continuidad delictiva no superaban los 400 euros, imponiéndole una pena en la mitad superior por aplicación del apartado segundo del artículo 74 del código penal.

El Tribunal Supremo estima el recurso recogiendo el acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 30 de octubre de 2007 que adoptó como doctrina correcta y reafirmada de manera pacífica que "*si bien el artículo 74.2 del Código Penal constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad solo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el artículo 74.1 del Código Penal es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del artículo 74.1 solo dejará de apreciarse cuando la aplicación del artículo 74.2 ya haya supuesto una exacerbación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial*".

Vº. 39.- SOCIEDADES MERCANTILES MIXTAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el día 25 de mayo de 2017 adoptó por unanimidad el siguiente acuerdo respecto al patrimonio de las sociedades mixtas con participación pública y la posibilidad de ser objeto de malversación:

"Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:

> 1.- Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes:
>
> 1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas.
>
> 1.2.- Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas.
>
> 1.3.- Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza:

1.3.1.- Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público.

1.3.2.- Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas.

1.3.3.- Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad.

El acuerdo fue plasmado en la STS 558/2017, de 13 de julio, que, aún estimando el recurso interpuesto por otros motivos, en relación con el carácter público del patrimonio de las sociedades mixtas con participación pública proclama que "a pesar de las razones aportadas por el recurrente en el presente caso se da la circunstancia de que esa corriente jurisprudencial última (SS.T.S. 166/2014 de 28 de febrero, 627/2014 de 7 de octubre y 149/2015 de 11 de marzo), la integran criterios que se dictaron antes de la promulgación de la importante Ley nº 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo articulado se establecen los parámetros para calificar de sociedad pública a una sociedad mercantil de patrimonio mixto como la concernida (art. 84.1.c y 111.1.a), en donde se proclama el criterio general (prescindiendo de particularizaciones que no afectan a la solución de la cuestión, que: - Serán sociedades mercantiles estatales aquellas mixtas en las que la participación del Estado u otras administraciones o entidades públicas es mayoritaria (superior al 50%).- Las sociedades en las que la participación del Estado u otras administraciones o entidades públicas es minoritaria (igual o inferior al 50%), se considerarán privadas. Sobre esa base es perfectamente inferible que los caudales o efectos pertenecientes a estas sociedades calificadas de públicas sean públicos. Con esos datos, a los que se debe unir el Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de fecha 25 de mayo de 2017, es patente que nos hallamos ante caudales de naturaleza pública".

Vº. 40.- CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS. INCARDINACIÓN EN EL DELIITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA O EN EL DELITO DE ESTAFA.

EL Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo abordó la cuestión de la relevancia típica e incardinación en el delito de estafa o apropiación indebida de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, y el 23 de mayo de 2017 adoptó el siguiente acuerdo:

"1. En caso de cantidades anticipadas a los promotores para la construcción de viviendas, el mero incumplimiento, por sí solo, de las obligaciones previstas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la Ley 20/2015, de

14 de julio, consistentes en garantizar mediante un seguro la devolución de dichas cantidades para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y de percibir esas cantidades a través de cuenta especial en entidades de crédito, no constituye delito de apropiación indebida.

2. Cuando las cantidades entregadas no se hayan destinado a la construcción de las viviendas comprometidas con los adquirentes, podrá apreciarse un delito de estafa si concurren los elementos del tipo, entre ellos un engaño determinante del acto de disposición, o bien un delito previsto en los artículos 252 o 253 CP si concurren los elementos de cada tipo".

La primera sentencia en la que se recogió el anterior acuerdo fue la STS 406/2017, de 5 de junio. La sentencia realiza una reconstrucción de los hitos seguidos por las previsiones que contenía la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

En primer lugar, el artículo 6 de la ley establecía que "*la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo primero de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos quinientos ochenta y siete, número tres, y quinientos treinta y cinco del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo quinientos veintiocho en su grado máximo*". La Ley Orgánica 10/1995 por la que se aprobó el código penal acordó la derogación del artículo 6 de la Ley 57/1968. La derogación, como recoge la sentencia, fue bien recibida por la jurisprudencia en cuanto suponía el establecimiento de un cierto automatismo al considerar delito de apropiación indebida el mero incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento que establecía la ley.

A su vez, el artículo 1 de la ley exigía que las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas que no fueran de protección oficial debían garantizar la devolución de las cantidades mediante contrato de seguro o aval para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, y percibir las cantidades anticipadas a través de una cuenta especial en entidad Bancaria o Caja de Ahorros, con separación de cualquier otra perteneciente al promotor y de las que únicamente se podía disponer para las atenciones derivadas de la construcción de viviendas.

Posteriormente, la Disposición Adicional 1ª de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, mantuvo expresamente la vigencia de las obligaciones legales establecidas imperativamente en la Ley 57/68, disponiendo que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, extendiendo el régimen a toda clase de viviendas, incluso "a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa".

Finalmente, la Ley 57/1968 fue derogada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, modificando a su vez la citada DA 1ª de la LOE, que actualmente establece bajo la rúbrica, "*obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas*", que,

> *1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:*
>
> *a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.*
>
> *b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.*
>
> *2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.*

No obstante, se venía exigiendo el cumplimiento de los requisitos típicos del delito de apropiación indebida tanto antes como después de la derogación del citado precepto. Como recoge la sentencia, "*una vez derogado el artículo 6 de la Ley 57/1968, el delito de apropiación indebida, según la jurisprudencia mayoritaria, requería de la concurrencia de todos los elementos que lo caracterizan*", aunque "*nada impide considerar constitutivos de estafa hechos consistentes en afirmar a los compradores que se ha constituido o se va a constituir la garantía, o, en definitiva, que se dará cumplimiento a las previsiones legales respecto al percibo de cantidades anticipadas, sin que exista voluntad de hacerlo (STS nº 53/2015, de 27 de enero). Nada impide, tampoco, la aplicación, en su caso, de las previsiones del artículo 251 CP*".

La posterior STS 739/2017, de 16 de noviembre, viene a profundizar en el anterior acuerdo y realiza una exposición de la controversia jurisprudencial que existía al respecto y que motivó el anterior acuerdo del Pleno. Con cita de la

STS 89/2016, de 12 de febrero, y su voto particular refleja las posturas que se venían manteniendo.

Como resumen se puede percibir en la jurisprudencia una corriente propicia a la aplicación del tipo penal de la apropiación indebida cuando el acusado incurre en la omisión de establecer un patrimonio separado de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, custodiado en una cuenta especial en la que necesariamente habrán de depositarse las cantidades anticipadas por los adquirentes. Estas cantidades sólo se podrán percibir a través de entidades de crédito, y únicamente podrá disponer de ellas el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, siempre que previamente se ingresen en dicha cuenta separada y esté garantizada su devolución en la forma prevenida por la Ley. Incumplidos estos requisitos, y una vez que se constate que el inculpado ha dejado de cumplimentar de forma definitiva la entrega de la vivienda o, en su caso, el reintegro del dinero adelantado, se considera que el encausado -al infringir la ley especial- ha trasladado el riesgo empresarial al comprador de la vivienda, y como el riesgo se ha materializado después en un claro perjuicio económico para la víctima y en beneficio del vendedor del inmueble en construcción, ha de aplicarse el tipo penal de la apropiación indebida.

En cambio, la segunda línea jurisprudencial de que se ha hablado abre importantes cauces probatorios para que el acusado acredite que el dinero entregado a cuenta por los compradores ha sido destinado a las inversiones a que se había comprometido con el fin de adquirir el terreno y construir la vivienda. Ya dentro de esta orientación jurisprudencial son distintos los niveles de exigencia de prueba con que opera la Sala en cada caso a la hora de acabar estimando que el dinero ha sido invertido en su integridad en las contraprestaciones a que se había comprometido el empresario cuando recibió el dinero anticipado, de manera que el grado de cumplimentación del contrato llegue a excluir la aplicación del tipo penal.

Y, a modo de resumen de las obligaciones de los promotores/constructores con relación al percibo de cantidades anticipadas, la STS 739/2017, de 16 de noviembre, recoge que éstos quedan obligados a:

"*1- A aperturar una cuenta especial en la que necesariamente habrán de ingresarse las cantidades anticipadamente entregadas por los futuros compradores.*

2- Tales cantidades en cuanto forman un patrimonio separado afecto a un fin concreto --la construcción de la vivienda, bloque o urbanización concernida-- solo podrán estar destinadas e invertirse en tales obras.

3- Se trata de una norma imperativa cuyo origen está en la Ley en garantía de la protección de los intereses de los consumidores, que son los más débiles en esa relación económica, y por tanto tales obligaciones quedan fuera del ámbito de disposición de las partes.

4- En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de las personas obligadas, se incurre en las responsabilidades administrativas previstas en la

Ley y, además, de concurrir los demás elementos de tipo penal de la apropiación, se incurre en responsabilidad penal. Ello ocurrirá cuando se acredite que el preceptor de tales cantidades anticipadas, aparte de incumplir tales obligaciones, ha hecho suyas tales cantidades dándoles el destino que hubiese querido consumándose el delito cuando ante la concreta petición de devolución de las cantidades entregadas por la persona concernida, tal reintegro no se produce, con lo que se llega al "punto sin retorno" de definitivo incumplimiento de la obligación de o bien invertir el dinero en la obra comprometida, o de devolverse el dinero al que lo entregó.

5- Por ello, cuando el promotor incumple tales obligaciones de aperturar la cuenta especial y dedicarla a la obra comprometida, y la dedica o la confunde con otros patrimonios de otras promociones pero ante la petición de devolución de lo recibido entrega las cantidades adelantadas, o acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida -aunque no acabada-, entonces podrá existir responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de tales obligaciones, pero no delito de apropiación indebida porque no se habrá llegado al "punto sin retorno" de no entrega y no construcción".

En la Instrucción Interna de esta Fiscalía Provincial número 1/2016, de 24 de abril, abordé también una cuestión relevante en aras de dar protección a las víctimas de estos delitos. Me hice eco de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, número 733/2015, de 21 de diciembre, que fijó como como doctrina jurisprudencial la siguiente: "*En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad*".

Aunque, como se ha anticipado, la Ley 57/1968 está actualmente derogada, la base argumental de esta jurisprudencia se ha seguido manteniendo con la normativa vigente desde el 1 de enero de 2016, y, en consecuencia, la responsabilidad de las entidades de crédito sigue siendo exigible tanto antes como después de la nueva normativa.

Así resulta, por ejemplo, de la STS de la Sala Primera número 645/2019, de 28 de noviembre, que recoge la jurisprudencia existente en la materia y hace dos puntualizaciones a aquella sentencia del Pleno. "*En la interpretación del art. 1.2ª de la Ley 57/1968, esta sala ha fijado y reiterado, en sus sentencias 733/2015, de 21 de diciembre (de pleno), 142/2016, de 9 de marzo, 174/2016, de 17 de marzo, 420/2016, de 24 de junio, 468/2016, de 7 de julio, 459/2017, de 18 de julio, 502/2017, de 14 de septiembre (de pleno), 636/2017, de 23 de noviembre, 102/2018, de 28 de febrero, y 503/2018, de 19 de septiembre, la siguiente doctrina jurisprudencial: "En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad". Esta*

doctrina merece dos puntualizaciones, a las que expresamente se refiere la sentencia 408/2019, de 9 de julio: la primera, que "la ley solo responsabiliza a las entidades de crédito no avalistas de los anticipos que se ingresen o transfieran a una cuenta del promotor en dicha entidad, de modo que mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde de todos los anticipos entregados por los compradores al vendedor, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella"; y la segunda, "que la responsabilidad de las entidades de crédito establecida en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 no depende de que los anticipos se ingresen en la cuenta identificada en el contrato de compraventa, sino, como resulta de la doctrina jurisprudencial fijada por esta sala a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, de que se ingresen en una cuenta del promotor en la entidad conociendo esta, o debiendo conocer, que los ingresos se corresponden con anticipos de compradores de viviendas protegidos por dicha ley".

Teniendo en cuenta esta doctrina y la que respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.3 del código penal ha sentado también la Sala Segunda del Tribunal Supremo, exigiendo, (ad. exemplum, STS 1150/2006, de 22 de noviembre), 1º) que se haya cometido un delito o falta; 2º) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad; 3º) que tal persona o empresa, o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna <<infracción de los reglamentos generales o especiales de policía>>, debiendo entenderse esta expresión asimismo con criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de este deber legal o reglamentario. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o a cualquiera de sus dependientes, aunque, por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; y 4º) por último, es necesario que tal infracción de reglamentos esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria", es evidente que, por esta vía y con esta fundamentación jurídica, puede exigirse en los procedimientos sobre apropiación indebida de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, la responsabilidad civil subsidiaria de las correspondientes entidades de crédito.

Vº. 41.- INTERPRETACION DEL ARTICULO 385 TER DEL CODIGO PENAL.

La STS 38/2020, de 6 de febrero, resuelve el recurso de casación interpuesto por persona que había sido condenada en primera y segunda instancia como autora penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial, en la modalidad de conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia que le habilitara para ello del art. 384.2 CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, en el que invocaba la indebida inaplicación del artículo 385 ter del código penal, que dispone que "en los

delitos previstos en los arts. 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 el recurso se mantiene que la rebaja de pena que contiene el precepto no es aplicable solo a la pena de prisión, sino también a la de trabajos en beneficio de la comunidad a la que había sido condenada invocando sentencias contradictorias de diversas audiencias.

El Tribunal Supremo desestima el recurso no solo por la literalidad del término, que se refiere únicamente a la pena de prisión, sino también atendiendo a criterios lógicos o sistemáticos con referencias a otros preceptos en los que existe una previsión similar, pero sin esa limitación, y a la interpretación teleológica que se desprende de los trámites legislativos que precedieron a la redacción del precepto.

"*Tanto la actual redacción el artículo 384 como la introducción del 385 ter tienen origen en la aprobación de dos enmiendas transaccionales del Grupo Parlamentario Socialista a la enmienda 191 de Convergència i Unió. Ambas enmiendas fueron aprobadas por treinta y siete votos a favor y una abstención. La justificación de la enmienda 191 de Convergència i Unión fue la siguiente: "En este tipo delictivo en el que se incurre en el mismo sin que existan víctimas, castigándose las circunstancias objetivas que se dan en la conducción, parece más adecuado prever únicamente, además de la multa y de la privación del derecho a conducir vehículos, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sin que deban aplicarse penas de prisión". Finalmente, la enmienda 191 que proponía desterrar la pena de prisión para las conductas descritas en el artículo 379 no fue aceptada. En su lugar se aceptó una enmienda transaccional que proponía modificar los artículos 379 y 384 (en el sentido de que las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad podrían imponerse alternativamente y no cumulativamente) y añadir un nuevo artículo 385 ter, con la redacción que hoy tienen y que fue la que mantuvieron durante toda la tramitación parlamentaria hasta la aprobación de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Todo ello, como se expresó en el seno de la Comisión de Justicia, con la finalidad de, sin suprimir la pena de prisión, permitir al Juez la posibilidad de rebajarla en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las circunstancias del hecho, como era el caso de conductas que pese a circular a gran velocidad o sobrepasar el tipo penal de alcoholemia, no habían causado ni accidente ni víctimas*". Así se recoge en el apartado XXV del Preámbulo de la citada Ley Orgánica 5/2010 refiriéndose expresamente a la posibilidad de atenuar la pena de prisión, y no otras penas, prevista en los artículos 379, 383, 384 y 385 del Código Penal: "*Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado*".

En definitiva, concluye la sentencia analizada, "*desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como sistemática y también desde la voluntas legislatoris, es obligado concluir que la cláusula atenuatoria*

recogida en el artículo 385 ter del Código Penal debe ser aplicada únicamente a la pena de prisión".

Vº. 42.- LA RELACION CONCURSAL DEL DELITO DEL ARTÍCULO 183 TER.1 (CHILD GROOMING) CON LOS DELITOS DE LOS ARTICULOS 183 Y 189 DEL CODIGO PENAL.

La STS 777/2017, de 30 de noviembre, es la primera que se dicta en aplicación del Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2017, que abordó la cuestión del tratamiento concursal del child grooming (artículo 183 bis del código penal, actual 183 ter.1) cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual. El acuerdo, reflejado en la sentencia, adoptaba el criterio de que "*el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189*".

En uno de los motivos de impugnación que resuelve la citada sentencia el recurrente entendía que la conducta descrita en el artículo 183 bis culmina en la consumación del abuso tipificado en el artículo 183, determinando un concurso aparente de normas que debe ser resuelto conforme al número 3 del artículo 8 (principio de consunción). De no hacerlo así se vulneraría el principio non bis in idem, al ser el mismo el bien jurídico protegido en ambos tipos penales, amén que chocaría frontalmente con el principio doctrinal y jurisprudencial de que el delito de resultado absorbe al delito de peligro concreto, en cuanto coinciden e inciden en el mismo bien jurídico. Tanto la Audiencia Provincial en su sentencia como el Ministerio Fiscal en el informe impugnando el recurso invocaban como fundamento de la punición la propia cláusula concursal que recoge el artículo 183 bis (ter), al mencionar expresamente que las conductas en él previstas se sancionarán "*sin perjuicio de las* penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos". El recurrente, por el contrario, estimaba, citando precedentes de la Sala Segunda, que debe superarse la interpretación literal de la cláusula, resultando más armónica con el ordenamiento jurídico en particular y con la implícita prohibición constitucional del non bis in idem (art. 25 C.E.), aceptar y aplicar el principio de consunción (art. 8.3 C.P.) y aquél que establece que el delito de resultado absorbe al de peligro concreto.

La Sala, aludiendo al pleno que precedió a la sentencia, desestima el recurso al entender que "*el delito del art. 183 ter y los delitos de los arts. 183 y 189 C.P . eran plenamente compatibles al añadir a las conductas de agresión, abuso sexual, o creación de pornografía infantil, un indudable grado de desvalor, precisamente por servirse de ese medio comisivo (child grooming). Ello hace que la relación entre el art. 183 ter, considerando acto preparatorio, se halle, en conexión a los delitos fin allí descritos (art. 183 y 189) en una relación de concurso de delitos, que deberán merecer cada uno de ellos las condenas procedentes (concurso real de delitos)*".

No obstante, la sentencia cuenta con un voto particular de dos magistrados que recuperan el criterio mantenido en otras sentencias que se inclinaban por

estimar que en estos casos lo que existía era un concurso de normas a resolver por el artículo 8.3 del código penal. El concurso real quedaría reservado para aquellos supuestos en los que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor. En otro caso la punición en concurso real vulneraría el principio del ne bis in idem.

El voto particular cita a estos efectos la STS 109/2017, de 22 de febrero, que analizó la cuestión con gran minuciosidad y rigor jurídico. Los argumentos de esta sentencia y que recoge el voto particular son los siguientes:

"*a) Se ha pretendido acudir a criterios hermenéuticos para castigar en concurso real o ideal el delito del art. 183 ter, calificado de acto preparatorio, con los tipos incluidos en la delimitación típica del precepto (art. 183 y 189 C.P .), creando artificialmente otros bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, como la "seguridad de la infancia".*

b) Con esta finalidad se ha configurado un delito de peligro concreto que adelanta la protección de un determinado bien jurídico acudiendo a meras generalizaciones o abstracciones por el hecho de servirse para su ejecución del uso de las tecnologías de la información o comunicación, precisamente por el grado de facilidad que proporciona a sus autores al objeto de buscar a sus víctimas, ganar su confianza y conseguir que accedan a realizar los actos sexuales que el autor les propone.

c) Sin embargo la conducta preparatoria de recurrir a esta mecánica comisiva no tiene entidad por sí sola para configurar este delito como autónomo, ya que faltaría como complemento típico los actos materiales de acercamiento al menor. El legislador ha construido este nuevo tipo penal con la naturaleza de acto preparatorio para extender la conducta del sujeto agente al umbral de la tentativa del delito-fin. Consiguientemente la utilización de esos mecanismos técnicos para captar la voluntad del menor no poseen por sí mismos entidad suficiente para integrar una conducta con un desvalor y lesividad propia. Sería preciso, como decimos, que fuera acompañada de los mencionados actos materiales de aproximación , creando el tipo con las características propias de un principio de tentativa, o muy próximo a la tentativa.

d) Los actos comprendidos en el art. 183 ter son considerados doctrinalmente como actos preparatorios de los delitos-fin (arts. 183 y 189) lo que concuerda con el concepto de progresión delictiva hacia las fases de tentativa y consumación, operando el principio de consunción o subsidiariedad tácita (art. 8 C.P .) cuando los abusos sexuales se materializan.

e) Si el tipo penal del art. 183 ter es concebido como un delito de peligro y el bien jurídico protegido está ya seleccionado, individualizado y concretado en una víctima determinada, sobre la que se proyecta la ejecución del delito-fin valiéndose de una fase previa de preparación realizada por medio de los instrumentos de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, no parece razonable ni coherente mantener un concurso real de dos delitos cuando el peligro se materializa en la misma víctima que se seleccionó y eligió

ya al inicio de la ejecución del tipo penal de peligro, que se materializa todo él en la única víctima.

f) Concluye la sentencia que comentamos (nº 109/2017) afirmando que "la aplicación de la cláusula concursal que recoge el art. 183 ter C.P ., si no queremos que se infrinja el principio de non bis in idem (art. 25 C.P .), ha de reservarse para los supuestos en que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor".

Vº. 43.- DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL. TANTOS DELITOS COMO VICTIMAS EN CONCURSO REAL.

La STS 538/2016, de 17 de junio, resuelve en sentido favorable el recurso del Ministerio Fiscal que planteaba una cuestión novedosa referida a la interpretación del artículo 177 bis del código penal sobre si, en el supuesto de concurrir varias víctimas, los hechos deben ser subsumidos en tantos delitos como víctimas en concurso real, o si, por el contrario, la definición del delito toma en consideración un sujeto pasivo plural.

Como recoge la sentencia, la cuestión, por su novedad, fue llevada a Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, en donde se llegó al siguiente acuerdo: "*El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal , reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real"*. Esta relación concursal no había sido estudiada en profundidad ni doctrinalmente (salvo por algunos destacados autores) ni por la Circular de la FGE 5/2011, ni los instrumentos legales procedentes de la UE, como la Directiva 2011/36/UE, del Parlamente Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011. Sin embargo, tal Directiva parece referenciarlo a un sujeto pasivo individual, bajo la mención casi constante de "víctima" o "una víctima", así como la LO 1/2015, de 30 de marzo, que reforma el precepto, cuya norma (177 bis) se refiere igualmente al término "víctima", en singular, salvo en un caso relativo a los subtipos agravados, en donde la ley penal se refiere a "las personas".

La sentencia recoge también como precedentes jurisprudenciales que acogieron esta tesis las SSTS 178/2016, de 3 de marzo, y 861/2015, de 20 de diciembre.

La razón principal que tuvo en cuenta el Pleno y que refleja la sentencia es la dignidad de la persona como bien jurídico protegido, y dicho bien jurídico está caracterizado por ser de una cualidad que adorna y protege a la persona individualmente, no siendo por consiguiente un concepto global, y ello entraña lo personalísimo de tal bien jurídico protegido. "*La dignidad es un derecho fundamental de la persona, y su reconocimiento se establece a través de la cláusula que se aloja en el artículo 10 de nuestra Carta Magna, como concepto básico del ser humano, y como tal se ha venido interpretando hasta ahora como rigurosamente personal*".

Vº. 44.- LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE.

El Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, elaborado a partir de la reforma del código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduciendo una nueva categoría de imprudencia calificada de menos grave entre la leve y la imprudencia grave, aludía a las diversas posiciones doctrinales y de la jurisprudencia menor que se habían vertido sobre el nuevo concepto. Sintetizando éstas recogía las siguientes posturas.

En primer lugar, la que tiende a identificar la imprudencia menos grave con la antigua leve y junto a ella la de quienes la construyen como una tipología de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se desgajaría de esta última, nutriéndose de sus supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. En segundo lugar, la que elabora la nueva imprudencia menos grave como desgajada o separada de la grave, al alimentarse de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa (art. 2.2 CP y disposición transitoria 1ª LO 1/2015) y la revisión consecutiva de condenas dictadas conforme a los arts. 142.1 y 152.1 CP (disposiciones transitorias 2ª y 3ª). En tercer lugar, una postura ecléctica que construye la imprudencia menos grave como punto de intersección entre la grave y leve previas, de forma que comprendería los casos de mayor gravedad de la segunda y los más leves de la primera. Y, finalmente, una última tesis tiende a identificar la nueva categoría con la imprudencia simple antirreglamentaria anterior al CP de 1995.

El abanico de posiciones tenía relevancia tanto en el ámbito conceptual, como en cuestiones derivadas del derecho transitorio. Como recogía el dictamen, si la nueva categoría comprende supuestos de la imprudencia grave es factible la apreciación retroactiva a hechos anteriores al 1 de julio de 2015 como más beneficiosa, mientras que si abarca los de la imprudencia leve la retroactividad estaría vedada, al no poderse aplicar una calificación de mayor reproche a hechos que en la fecha de comisión eran estimados con la nota de levedad y no de menor gravedad.

Un primer posicionamiento sobre ambas cuestiones la encontramos en la STS 805/2017, de 11 de noviembre, que, inspirándose en el Dictamen del Fiscal de Sala citado, realiza un esfuerzo interpretativo para delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave para proyectarlos sobre la realidad social diaria. La sentencia se hace eco de las opiniones doctrinales antes reflejadas y sienta unas pautas interpretativas sobre la nueva categoría de la imprudencia menos grave. En primer lugar, importa destacar que la sentencia no da retroactividad a la nueva regulación porque "*la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna*". Y, fruto del análisis que realiza concluye definiendo la imprudencia menos grave como "*la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y*

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

La STS 421/2020, de 22 de julio, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, aborda la cuestión afirmando que "*en el campo de las imprudencias viarias proporcionar criterios unificadores (en la medida de lo posible: las fórmulas elegidas por el legislador para definir estas infracciones penales son bastante refractarias a su encaje en moldes precisos) reviste un interés innegable. Las vaporosas distinciones legales combinadas con la frecuencia de este tipo de delincuencia, y conectadas, además, con temas más sociológicos, victimológicos y algunos metajurídicos que con notable erudición y profundidad quedan reflejados en el dictamen evacuado por el Ministerio Público para valorar la incidencia de la reforma penal de 2019, evidencian la necesidad de acotaciones y pronunciamientos que, previsiblemente, habrán de sucederse para progresivamente contribuir a alumbrar unas mínimas pautas o estándares que guíen la atormentada tarea de fijar unas fronteras entre la imprudencia grave, la menos grave y la leve*".

A efecto de los objetivos perseguidos en la presente instrucción importan destacar varias afirmaciones de la sentencia que recogemos a continuación.

El primero de ellos es precisamente que "*la aparición del concepto de imprudencia menos grave en la reforma penal de 2015 no ha supuesto indirectamente una elevación del listón a partir del cual la imprudencia ha de empezar a ser considerada grave. Así ha de entenderse, en principio, entre otras razones porque el concepto de imprudencia o culpa grave aparece en muchos otros delitos en el Código Penal. No es asumible que a través de la reforma en 2015 de los delitos culposos de homicidio y lesiones (y pensando principalmente en la circulación viaria) se haya llegado oblicuamente a despenalizar un grupo de supuestos de los demás tipos que manejan ese concepto imprudencia grave. Se hace difícil sostener que la locución "imprudencia grave" puede significar una cosa en los arts. 142 y 152 y otra diferente, menos exigente, en los demás tipos penales que manejan ese concepto para discriminar entre lo punible y lo no punible*".

En segundo lugar, que el concepto de imprudencia menos grave ha de construirse "*a base de dividir la antigua categoría de imprudencia leve en dos grupos: las imprudencias más graves de las antiguas leves y las restantes. El grupo de las imprudencias menos graves es una categoría de fronteras difusas tanto por arriba como por abajo. Debe abrirse paso como en cuña entre esas dos formas (grave y leve, que se corresponden con las tradicionales temeraria y simple) que gozaban de arraigo y contaban con ciertos criterios unificadores*".

En tercer lugar, aborda la sentencia la modificación del código penal llevada a cabo por la LO 2/2019, de 1 de marzo, en cuyo Preámbulo se recoge, como uno de los motivos de la reforma, proporcionar una interpretación auténtica de la imprudencia menos grave. Como recoge la sentencia, "*tomando prestado un criterio que había aflorado en alguna jurisprudencia menor, establece que la presencia de una infracción grave de la ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial (RDL 6/2015, de 30 de octubre) supondrá, en principio, un caso de imprudencia menos grave a los efectos de los arts. 142 y 152 CP*". Ahora bien, como precisa la sentencia por los argumentos que recoge, "*la presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave*". Y, como posteriormente afirma, "*la presencia de una infracción grave de tráfico, según la catalogación administrativa, empuja en principio al marco de la imprudencia menos grave y aleja de la imprudencia leve no punible. Ahora bien, eso no significa ni que no puedan existir otros casos de imprudencia menos grave; ni que siempre que se dé una infracción grave de tráfico la imprudencia haya de ser calificada de menos grave*".

A modo de recapitulación recoge la sentencia que "*la presencia de una infracción grave de tráfico -que es la pauta orientadora introducida en 2019- puede determinar:*

a) Una imprudencia grave si el Juez o Tribunal lo estima así a la vista de las circunstancias que implican esa mayor magnitud de la infracción del deber de cuidado.

b) Una imprudencia menos grave, que, según esa pauta, debiera ser lo ordinario, aunque aquí se imponen matices.

c) Una imprudencia leve si el Juez o Tribunal no aprecia entidad suficiente en la infracción como para categorizarla penalmente de menos grave, en supuestos que tampoco serán insólitos o excepcionales".

VI. DOCTRINA LEGAL. DERECHO PROCESAL PENAL.

VIº.1.- DOCUMENTACION DEL JUICIO ORAL.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptó por unanimidad el 24 mayo de 2017 el siguiente acuerdo:

> "1. *El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia.*
>
> *Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad,*

integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso.

2. *Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución*".

En aplicación del citado acuerdo, la STS 529/2017, de 11 de julio, declaró la nulidad del juicio que se había celebrado ante la Audiencia Provincial con retroacción de las actuaciones al momento del señalamiento de la vista del juicio oral, y que se celebrara nuevo juicio por Tribunal diferente y cuyo desarrollo quede debidamente documentado.

Denunciaba el recurrente "la indefensión que le causa el no poder formalizar el recurso de casación en los términos en que había sido preparado, ante la imposibilidad de consultar el acta que documentaba el juicio en la instancia que, por un deficitario funcionamiento del sistema instalado en la sala donde se celebró, no fue grabado correctamente, en particular al reproducir la declaración de la víctima y la ratificación de los peritos intervinientes, que resultan inaudibles. La única prueba en la que el Tribunal sentenciador basó su fallo condenatorio fue la declaración de la víctima y la pericial que sobre la credibilidad de su testimonio se practicó y ratificó en la vista, lo que le impide cuestionar la suficiencia probatoria y la razonabilidad en la valoración realizada por aquél".

Después de transcribir lo que establece el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la documentación de las sesiones del juicio oral en el sumario (y también para el procedimiento abreviado por la expresa remisión del artículo 788), razona la Sala que "*la regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos, si bien se admite la combinación de grabación con acta escrita cuando no existen mecanismos para garantizar autenticidad e integridad (artículo 743.3). Cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial elaborada por medios informáticos (artículo 743.4), que solo podrá ser manuscrita cuando se carezca de aquellos. En cualquier caso, cuando el Secretario (ahora Letrado de la Administración de Justicia) no pueda contar con mecanismos de grabación o los disponibles no puedan garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, el acta ha de ser sometida al control de las partes, que podrán efectuar las reclamaciones que estimen pertinentes, y quienes firmarán la misma junto con el Tribunal",* así como que *"una lógica inteligencia del artículo 743 LECrim legal obliga a concluir, de un lado, que nadie puede refrendar, cualquiera que sea la tecnología accesible, la autenticidad e integridad de una grabación hasta que ésta no ha concluido, de ahí que la validación por el Letrado de la Administración de Justicia debe producirse una vez el acto procesal ha terminado. Y de otro que, por muy avanzado que sea el sistema utilizado, si se pretende garantizar la integridad de lo grabado, es necesario que alguien, bien sea el Letrado de la*

Administración de Justicia o el personal que le auxilie en esa tarea, controle su adecuado funcionamiento".

Y, después de analizar la relevancia de las deficiencias del acta o de la grabación desde el punto de vista de los derechos fundamentales con decisiones del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo, en el caso sometido a examen casacional da la razón al recurrente "*al no constar documentadas las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador, no puede aquél comprobar el sentido de tales declaraciones, ni las posibles contradicciones, inexactitudes o imprecisiones relevantes, en relación a la primera, o las aclaraciones en cuanto a metodología y conclusiones en la segunda, cuestión ésta sobre la que la sentencia no fue excesivamente explícita. Podrá consultar las declaraciones del menor que obran documentadas en el sumario, pero no confrontarlas con las del plenario. Lo mismo ocurre con la pericial, no existe ahora modo de reproducir las explicaciones de sus autoras sobre el rigor de las técnicas que emplearon, que la sentencia admite que fueron expresamente cuestionadas*".

VIº. 2.- DERECHO A SER ASISTIDO POR INTÉRPRETE. DOCTRINA SOBRE LOS ERRORES DE TRADUCCION QUE GENERAN INDEFENSIÓN.

La STS 18/2016, de 26 de enero, analiza la singular relevancia que ha ido adquiriendo en la sociedad actual, fuertemente globalizada, multilingüe y condicionada por el fenómeno migratorio, el derecho a ser asistido de un intérprete. "*En la actualidad las personas se desplazan entre países diferentes con gran facilidad, por multitud de razones (trabajo, estudios, vacaciones, congresos, e incluso para delinquir, en el ámbito de la criminalidad organizada trasnacional). De ahí el aumento de personas involucradas en procesos penales que no hablan o no comprenden la lengua del procedimiento y se encuentran en desventaja. Por ello el derecho de acceso a un intérprete debe considerarse como un derecho fundamental, en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, relacionado íntimamente con el derecho de la defensa (Art. 6º del Convenio Europeo de Derechos Humanos)*".

Expone a continuación el marco normativo introducido por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/ UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y el contenido de los artículos 123 y 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, aunque en el momento de la celebración del juicio no se había incorporado la nueva normativa, desestima el recurso al haberse respetado los criterios generales de la citada Directiva sin que la defensa del recurrente realizase ninguna protesta respecto de la calidad y fiabilidad de la traducción, o sobre el entendimiento entre el declarante y la intérprete.

Y, finalmente la Sala entendiendo que debía establecer doctrina precisa que "*para que pueda ser apreciado un motivo de recurso por infracción*

constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías derivada de un supuesto defecto de traducción, lo determinante no es que se haya producido alguna imprecisión o error genérico en el proceso de traducción, lamentablemente frecuentes y prácticamente inevitables, sino que la parte recurrente ponga de relieve que este supuesto error pudo ser relevante para el fallo porque menoscabó la defensa del recurrente al inducir a error al Tribunal o bien porque le impidió exponer debidamente su versión de los hechos o desarrollar correctamente su defensa".

VIº. 3.- CARGA DE LA PRUEBA SOBRE LA AUTENTICIDAD DE ARCHIVOS DE IMPRESIÓN CON CONVERSACIONES REALIZADAS A TRAVES DE SISTEMAS DE MENSAJERÍA INSTANTÁNEA.

La STS 300/2015, de 19 de mayo, aborda la cuestión del enunciado al analizar la suficiencia de la prueba en el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Provincial condenando a una persona por un delito continuado de abuso sexual, y, aunque desestima el recurso por el acervo probatorio que se había practicado, recoge la siguiente conclusión: "*la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido*".

VIº. 4.- DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR POR RAZON DE PARENTESCO. DOCTRINA SOBRE EL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Sobre esta cuestión es preciso comenzar recordando los acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de abril de 2013 y de 23 de enero de 2018 sobre el artículo 416 de la Ley de enjuiciamiento Criminal.

Así, el primer acuerdo plenario sobre el alcance de la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es de 24 de abril de 2013, señala textualmente:

"*La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*

a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".

La jurisprudencia posterior a este primer acuerdo suscitó un problema mayoritariamente resuelto en sentido positivo al mantenimiento de la dispensa a quien, habiéndose constituido en acusación particular, se apartaba antes del juicio de su ejercicio.

Sin embargo, en la STS 449/2015, de 14 de julio, desestima el recurso interpuesto por el condenado porque no se había instruido a la víctima de la dispensa al haberse apartado del ejercicio de la acción particular antes del juicio. La Audiencia, citando expresamente el citado acuerdo, concluyó que en la medida que la víctima se había constituido en acusación particular, aunque después renunciara al ejercicio de las acciones civiles y penales, "*la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013*".

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto argumentando que, "*ciertamente renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al Plenario como testigo / víctima, pero en la medida que con anterioridad había ejercido la Acusación Particular, ya no era obligatorio instruirla de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la Acusación Particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. En consecuencia , y si bien es cierto que en el inicio de la causa penal, no se le informó de su derecho a no declarar ex art. 416-1º LECriminal con motivo de su declaración en sede judicial el día 7 de Julio de 2012. El posterior ejercicio de la Acusación Particular, --y durante un año--, le novó su status al de testigo ordinario, el que mantuvo, aún después de que renunciara al ejercicio de la Acusación Particular , por lo que su declaración en el Plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho del que ella misma había renunciado al personarse como Acusación Particular*".

Con este precedente la cuestión fue nuevamente abordada por el Pleno de la Sala Segunda que, en fecha 23 de enero de 2018 adoptó el siguiente acuerdo sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se adoptó el siguiente criterio completando el anterior:

"*1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición*".

Con base en dicho acuerdo se resolvió el recurso 231/2017 interpuesto por el Ministerio Fiscal en la STS 205/2018, de 25 de mayo. Invocando los artículos

850.1 y 3, y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal combatía la sentencia de instancia por dos razones: De un lado, exigía que prestaran testimonio varios testigos a los que la Sala disculpó de declarar. Al estimar que la concesión de la dispensa prevista en el art. 416 LECrim no se ajustaba a la ley y a la jurisprudencia al tratarse de familiares que habían ostentado la condición de acusación particular, y, por otra parte, reivindicaba la posibilidad de valorar la prueba preconstituida que recogía la testifical de una de esas parientes (la hija del acusado).

Recogiendo el segundo apartado del acuerdo la sentencia rechaza la primera de las pretensiones del Ministerio Fiscal recordando primero que *"el art. 416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24 CE. Es un derecho procesal atribuido - posiblemente sea el único supuesto-, a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar. Es un derecho que tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid STC 94/2010, de 15 de noviembre). Esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art. 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973 el fundamento de la previsión: sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia. Con esa idea conecta una nutrida serie de pronunciamientos de esta Sala*". A continuación recoge otros precedentes de la Sala Segunda y hace una exégesis del rango constitucional del derecho y, en consecuencia, su contenido ha de ser respetado en todo caso por la ley y sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente, y, en resumen, concluye diciendo que "*en la duda hay que optar por la máxima amplitud del derecho, aunque sin dejar de ponderar el otro bien constitucional en conflicto, las exigencias de la justicia penal y del ius puniendi , lo que no constituye, sin embargo, un derecho fundamental (aunque también indirectamente algunos derechos fundamentales reclamen la actuación penal de lo que puede derivarse la relevancia constitucional- ligada a la misma protección del derecho fundamental de su eficaz tutela penal: entre muchas, SSTEDH de 9 de junio de 2009 - asunto Opuz contra Turquía , ó 2 de marzo de 2017 -Talpiz contra Italia-. La dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aún provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distingos según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim)*.

Igualmente desestima la otra pretensión formulada porque, como recogió el acuerdo, "*la facultad contemplada en el art. 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, haciendo decaer una obligación que subsiste para el resto de ciudadanos; sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas de la testigo contra su explícita opinión. (…) No existía verdadera imposibilidad, presupuesto necesario para activar la previsión del art. 730 LECrim . No es asimilable a esa imposibilidad la negativa a declarar consentida por la ley"*.

No obstante, el propio ponente de la sentencia, en la que se recoge la opinión mayoritaria de la Sala, formula un interesante y muy fundamentado voto particular sobre este extremo. Comenzando por el final, ciertamente "*no puede dejar de observarse la discordancia apreciable entre la forma en que operamos en este punto y el tratamiento que damos a las declaraciones efectuadas en fase de instrucción y en sede judicial por el acusado que luego en juicio se niega a declarar: no se cuestiona su valorabilidad según una reiterada y más que razonable jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional que ahora sería ocioso rememorar (entre muchas SSTC 161/1990, de 19 de octubre 14/2001, de 29 de enero , 219/2009 y 220/2009, ambas de 21 de diciembre). No se entiende la asimetría*". Como tampoco se justifica racionalmente que, si la víctima declara diciendo simplemente que no se acuerda o retractándose de sus declaraciones anteriores, se hubieran podido hacer valer sus declaraciones anteriores. Como reflexiona el Magistrado discrepante del voto mayoritario, "*no es esa consecuencia inteligible, salvo que se conciba la dispensa, como hace la sentencia mayoritaria, llevándola más allá de sus estrictos términos y convirtiéndola en una especie de derecho del pariente a que ninguna declaración suya -procesal o extraprocesal (no se entendería por qué estas sí cuando además se vierten sin advertencia alguna)-, ninguna actuación propia, ninguna actitud procesal o gesto puedan ser utilizados para condenar al pariente. Eso desborda la concepción correcta de la dispensa y propicia una cierta privatización de los delitos en que la víctima es uno de esos familiares*". (…) "*El efecto desincentivador o desalentador de la ley penal depende de tres factores, según recuerda la penalística: la magnitud del castigo (lo que es una obviedad aunque se resalte que no influye tanto como se cree), su inevitabilidad (en enunciado que aparece ya en los más clásicos penalistas) y finalmente la prontitud con que llega. Pues bien, en los delitos en el ámbito familiar (que vienen constituidos no solo por la denominada violencia de género, sino también por otros supuestos y, significadamente, como revela la sociología criminalística, los abusos y agresiones sexuales), convertidos con razón en uno de los objetivos de política criminal prioritarios y más anhelados, el mensaje disuasorio que lanza la ley penal se ve peligrosa y notoriamente amortiguado con la interpretación que defiende la mayoría y que no comparto. Las cotas de inevitabilidad del castigo se ven menguadas. El mensaje al infractor no es tajante e inequívoco; queda parcialmente resquebrajado. Demostrada la comisión del delito, vendrá una pena es el mensaje deseable. Ese mensaje se ve debilitado por una apostilla, salvo que la víctima en uno u otro momento rehúse declarar*".

La cuestión ha sido nuevamente abordada por el Pleno de la Sala Segunda en la sentencia número 389/2020, de 10 de julio, que cambia el criterio mantenido

en la anterior sentencia y corrige el apartado segundo del acuerdo plenario de 23 de enero de 2018. Las razones que justifican el cambio de postura y que se recogen en la sentencia son las siguientes:

"*En primer lugar, porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.*

En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, conforme hemos declarado en nuestros Acuerdos Plenarios, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. Esto es lo que expresaba la STS 449/2015, de 14 de julio: tal derecho de dispensa "había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular". En efecto, al renunciar al ejercicio del derecho de dispensa, primeramente por la interposición de la denuncia y después constituyéndose acusación particular, una vez resuelto el conflicto que constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho.

En tercer lugar, porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor, y recordemos que no tiene obligación de hacerlo (ex art. 261.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En efecto, la víctima ya ha resuelto el conflicto que derivado de su vínculo con el agresor, le permitía abstenerse de declarar contra él; una vez que ha dado ese paso, e incluso ostenta la posición de parte acusadora, no tiene sentido ya recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.

En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo. Recordemos que el art. 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclama que la única declaración que ha de ser tomada en consideración es la del juicio oral, a efectos del delito de falso testimonio, por lo que, en el caso de testigos víctimas, deberá velarse por su completo asesoramiento acerca su estatuto como testigo o como parte acusadora, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del Delito, lo que habitualmente se verificará en las Oficinas de Atención a las Víctimas.

En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u

otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. Esta Sala lo ha considerado así en diversas ocasiones y resulta de la aplicación del principio de los actos propios, como veremos más adelante. Y es más: no pueden convertirse de facto a este tipo de delitos como si fueran susceptibles de persecución a instancia de parte, cuando estamos en presencia de delitos públicos perseguibles de oficio.

En sexto lugar, porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

En definitiva, una adecuada protección de la víctima justifica nuestra decisión, en tanto que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza. Como dice el Tribunal Constitucional no debemos interpretar este precepto con formalismos "desproporcionados", como así lo declaró dicho Alto Tribunal en el caso al que anteriormente nos hemos referido. De todo ello resulta que la razón de nuestra interpretación va dirigida a amparar la resolución del conflicto por la víctima y después contribuir a su protección".

VIº. 5.- DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR POR RAZON DE PARENTESCO. MENORES DE EDAD. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017, se recogía una propuesta de reforma legislativa que partió de esta Fiscalía Provincial reclamando una mayor concreción respecto de la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando la víctima era menor de edad en supuestos de falta de madurez y de conflicto de intereses con los progenitores. En la propuesta recogíamos la solución que se había dado por la jurisprudencia en dos sentencias concretas.

En primer lugar, la STS 669/2014, de 28 de octubre, desestima el recurso interpuesto por el condenado que alegaba que la víctima menor era su propio hijo y no había sido advertido de la facultad del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La sentencia, además de proclamar como punto de partida que "*la previsión del artículo 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva*

que han reclamado", desestima el motivo porque la madre estaba personada como acusación particular en representación de su hijo, y, en consecuencia, no solo era testigo del acusado, sino también materialmente parte como acusación particular.

Además, hace una serie de reflexiones que considero procedentes reproducir en este apartado. En el caso enjuiciado se trataba de un menor de corta edad que por esta razón no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: "*un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella*".

A continuación, después de proclamar que, obviamente, no ha de esperarse a alcanzar la mayoría de edad para usar de esa habilitación, considera necesario que ha de contar con "*la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador*". Recoge igualmente a modo de reflexión que "*esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo): vid, por todos, art. 770 LEC) (iii)*".

Finalmente, es sumamente interesante la conclusión a la que llega: "h*a de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situársele de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio*".

La resolución que recogía en segundo lugar era la STS 1061/2009, de 26 de octubre, convalida la argumentación de la sentencia de instancia que entendió que la corta edad de la menor -6 años- le impedía tener capacidad por sí misma para determinar y distinguir aquello que en su relato pudiera perjudicar a su progenitor como imputado, por lo que la exigencia del artículo 416 no sería de aplicación en dicho supuesto. No obstante, se hacía referencia a que la exploración de la menor se hizo de forma contradictoria, y que la madre, aunque no estaba presente, le asistió en dicha diligencia que, grabada, fue reproducida en el acto de la vista sin objeción alguna por los legrados de las defensas.

La reciente STS 225/2020, de 25 de mayo, es sumamente esclarecedora sobre la cuestión enunciada. Como antecedentes se reflejan en la sentencia que el

recurrente fue acusado de cuatro delitos continuados de abuso sexual sobre sus hermanas que contaban con 18, 16, 14 y 10 años en la fecha de celebración de la vista. Tanto la Audiencia como posteriormente el Tribunal Superior de Justicia que confirmó la sentencia, absolvieron al recurrente al acogerse las tres primeras a la dispensa del artículo 416 y no contar con otros medios probatorios, pero le condenaron por los hechos cometidos sobre la menor de las hermanas. El Tribunal de Instancia rechazó que la menor pudiera acogerse a la dispensa de la obligación de declarar contra el acusado porque, al contar con diez años de edad a la fecha de la celebración del juicio oral, carecía de la madurez necesaria para comprender y valorar la significación de su derecho, y también declinó recabar el parecer de los progenitores, sosteniendo la sentencia que los precedentes jurisprudenciales en los que se había reconocido al progenitor la facultad de decidir sobre este aspecto, eran supuestos en los que la decisión parental autorizó que el menor declarara ante el órgano judicial, mientras que en el presente caso lo que se pretendía era evitar la declaración y que no se reprodujera tampoco el testimonio prestado en sede de instrucción, algo que, según el Tribunal, conduciría a que la menor quedara desamparada y sin tutela judicial efectiva.

El Tribunal Supremo, recuerda, en primer lugar, que la dispensa de la obligación del testigo de colaborar con la Administración de Justicia se configura como un derecho individual de rango constitucional, en la medida en que los preceptos citados son el reflejo y el desarrollo de la previsión contenida en el artículo 24.2 de la CE, y que, por más que su ámbito de aplicación personal se acote por la legislación ordinaria, además de resultar ineludible el respeto de su contenido esencial, se impone una interpretación restrictiva de sus limitaciones, propiciando la máxima amplitud del derecho, sin que esté permitido al Tribunal inventando excepciones donde la ley no las prevé.

En segundo lugar, precisa también que el derecho que analizado es de naturaleza personalísima, tanto para el testigo mayor de edad como para el menor con suficiente madurez, si bien, no siempre se exige un ejercicio expreso por su titular, pues la actitud procesal del testigo puede ser indubitadamente reveladora de su decisión de primar el deber de colaborar eficazmente con el proceso sobre el vínculo de solidaridad y familiaridad que le una con el acusado.

En tercer lugar, después de dejar constancia de la falta de uniformidad en nuestro ordenamiento sobre la edad y la dificultad de establecer una edad determinada a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez, la sentencia declara que en cualquier caso, resulta incuestionable la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión “en función de su edad y madurez” (artículo 9 LORJM), lo que inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable. Por esta razón, “*el Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior*

referencia. El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisional en el caso concreto una persona formada. Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes".

En cuarto lugar, en los supuestos, como el que era objeto de enjuiciamiento, en los que no se cuestione que el menor carece de la madurez necesaria para ejercitar por sí mismo el derecho a la dispensa, el derecho debe ser ejercicio a través de representante, lo que se ha concretado en el ejercicio del derecho por aquellos que velan por los intereses del menor, esto es, los padres como sus representantes legales ex art. 162 CC, concretándose que corresponderá a uno solo de los progenitores cuando se aprecie un conflicto de intereses entre el otro progenitor y el menor (art. 163 CC).

Finalmente, si, como sucedía en este caso, existían evidentemente intereses contrapuestos por las razones que minuciosamente desmenuza la sentencia, la solución ha de venir por las previsiones normativas existentes. Como recoge finalmente la sentencia, "*el legislador, precisamente en consideración a la frecuencia con la que el ejercicio de este derecho puede toparse con agresiones a menores perpetradas por quienes les representan, ha introducido la previsión normativa que las resoluciones impugnadas niegan que exista. El artículo 26 de la Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la Víctima por el Delito, al hacer precisamente referencia a las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, prescribe que el Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial que represente a la víctima en el proceso penal cuando, entre otros supuestos, sus representantes legales tengan con ella " un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal". El cumplimiento de esta reciente y específica previsión legal, aun cuando va a comportar un singular esfuerzo en actuaciones procesales concretas, es lo que garantiza que el menor pueda disponer del derecho de previsión constitucional en todos aquellos supuestos en los que, para un observador imparcial, sus representantes legales o el Ministerio Fiscal (art. 3.7 EOMF) puedan verse constreñidos en su función tutelar. Una defensa jurídica que, ponderando las circunstancias concretas que ya hemos descrito al hacer referencia a los criterios que sirven para evaluar la madurez del menor, y supervisando siempre que el menor no presente rasgos o actitudes que hagan sospechar que pueda sentirse atemorizado o presionado, permitirá que el menor ejerza el derecho de manera fundada y, ahí sí, considerando la especial protección que, en un sentido o en otro, merece el testigo desvalido*".

En base a estos razonamientos la sentencia estima el motivo del recurrente porque "*aun cuando el interrogatorio se practicó con intervención del abogado de la defensa, la declaración sumarial se abordó sin informar a la testigo o a los padres que la trasladaron obedeciendo a una imperativa citación judicial (a quienes se impidió incorporarse a la declaración, siendo obligados a esperar en*

el exterior), que existía el derecho de no declarar contra su hermano; habiendo eludido el instructor activar el mecanismo previsto para que la dispensa pudiera ser ejercida por un defensor judicial en su nombre, pese a que la declaración se abordó el 24 de noviembre de 2016 y que la previsiones normativas de la Ley 4/2015 a las que se ha hecho referencia, entraron en vigor el 1 de julio de 2015".

VIº. 6.- SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN EL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS Y EN EL DELITO CONTINUADO. PENALIDAD ABSTRACTA DE CADA UNO DE LOS DELITOS EN EL CONCURSO MEDIAL, Y POSIBILIDAD DE EXASPERAR LA PENA EN EL DELITO CONTINUADO.

La STS 30/2018, de 19 de enero, resuelve el recurso del Ministerio Fiscal interpuesto contra auto de la Audiencia Provincial que rechazaba la competencia para enjuiciar la causa por delito continuado de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 y 74.1 del Código Penal en concurso medial con un delito estafa de los artículos 248 y 249 del Código Penal, por entender que, dado el contenido del artículo 77. 3 del Código Penal, se vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y los arts. 14.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En consonancia con la línea argumental del recurso del Ministerio Fiscal alude la sentencia, en primer lugar, a la posibilidad de recurrir este tipo de resoluciones diciendo que "*existe una muy mayoritaria línea jurisprudencial que, minimizando, si se quiere de forma discutible, el alcance del art. 52 LOPJ, admite la recurribilidad en casación de las decisiones de las Audiencias Provinciales sobre los límites de su competencia objetiva frente a los Juzgados de lo Penal. Tal jurisprudencia arranca de un Pleno no jurisdiccional de fecha 2 de octubre de 1992 que analizaba esa distribución de competencias. Fue el germen de un nutrido abanico de resoluciones. Muchas de ellas comienzan afirmando la impugnabilidad en casación de la decisión de la Audiencia Provincial*". En este aspecto conviene precisar varias de las reflexiones realizadas por el Tribunal Supremo en su sentencia. Por un lado, que "*la admisibilidad del recurso está justificada por la naturaleza del derecho cuestionado. Este derecho es el de ser juzgado por el Juez predeterminado por la Ley de acuerdo con el art. 24 de la Constitución, sobre cuya naturaleza constitucional no es preciso insistir, siendo materia no susceptible de elección o transacción sino claro ius cogens obligatorio en primer lugar para los propios operadores judiciales*". Y, en segundo lugar, a mayor abundamiento, el Auto de la Audiencia, no es de aquellos cuyo contenido trasciende el ámbito de la determinación de la competencia, porque entra "*a decidir de manera anticipada sobre un aspecto del fondo del asunto, con el resultado de disponer una suerte de sobreseimiento parcial, ¡en cuanto relativo a un segmento de la imputación; eliminando, con ello, el derecho del acusador público a someterla a examen contradictorio en el juicio en su integridad*".

Sin embargo, la respuesta que proporciona la sentencia respecto a la cuestión planteada discurre por derroteros distintos de los que planteaba el Ministerio Fiscal, pues no es la pena finalmente pedida por la aplicación de la regla penológica del concurso medial la determinante de la competencia, sino la

pena en abstracto de cada uno de los delitos que integran el concurso.

La sentencia es aplicación del acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del día 12 de diciembre de 2017 relacionado con la nueva redacción del artículo 77.3 del código penal y determinación de la competencia del Juzgado de lo Penal. En dicho pleno la Sala Segunda acordó que "*en caso de concurso medial, cuando las penas de prisión señaladas en abstracto en cada uno de los delitos que integran el concurso no superen los cinco años de duración, aunque la suma de las previstas en una y otras infracciones excedan de esa cifra, la competencia para su enjuiciamiento corresponde al Juez de lo Penal*".

La sentencia analizada cita como precedente la STS 355/2014, de 14 de abril, en la que ya se recogía que "*la jurisprudencia ha precisado que para la determinación de la competencia objetiva de los juzgados y tribunales penales en función de la pena que corresponda al delito, habrá de estarse a la pena prevista en abstracto por la ley para clase de delito y no a la concretamente solicitada por las acusaciones (SSTS 9 de octubre, 10 de noviembre y 11 de diciembre de 1992, de 4 de mayo y 11 de junio de 1993, de 30 de abril de 1994 , de 8 de febrero y de 9 de junio de 1995, de 14 de mayo , 8 de septiembre , 27 de noviembre y 21 de diciembre de 1998), pues si rigiera el criterio de la pena concreta se dejaría en manos de las acusaciones la determinación de la competencia objetiva de los órganos judiciales penales*".

La Circular 1/1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, atendía al carácter preceptivo o facultativo de la exasperación de la pena para la determinación de la competencia del órgano de enjuiciamiento. Así, después de precisar que la competencia judicial viene determinada por la pena en abstracto fijada por el legislador en cada tipo delictivo sin atender al grado de ejecución, participación, o a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, precisa que para los supuestos en los que la pena comprenda grados de dos distintas, ha de atenderse a una circunstancia esencial: el carácter preceptivo o facultativo de la elevación o degradación de la pena. "*Cuando la elevación o degradación de la pena base se impone necesariamente en función de determinadas circunstancias concurrentes, nos encontramos ante un subtipo, cuya pena es la así fijada, por lo que debe ser ésta la que determine objetivamente la competencia (por ejemplo, el último inciso del párrafo 1.º del art. 69 bis; los párrafos 2.º y 3.º del art. 344; o el supuesto de estafa en que concurrieren las circunstancias 1.ª o 7.ª del art. 529 con la 8.ª). Por el contrario cuando se trate de modificación facultativa de la pena tipo, elevándola o disminuyéndola en grado a criterio de la acusación o del Tribunal; esto es, siempre que la Ley utiliza el término «podrá» u otro análogo (así arts. 344 bis último párrafo o 506, último párrafo, para la potestad agravatoria; o la del 318 en relación con los delitos de falsedad, para la degradatoria) ello no modifica sin más las reglas de la competencia objetiva, fijada estrictamente en función de la pena del tipo y no de las facultades que pueda o no ejercer el Tribunal sin merma del derecho de las acusaciones para hacer uso de la facultad de pedir otra pena cuya cuantía debe determinar el cambio de la competencia (por cuanto el último párrafo del art. 790.7 dispone que si la pena a solicitar*

definitivamente excediera de la competencia del órgano que está conociendo, se dictará auto acordando la inhibición con remisión del proceso al Tribunal competente y norma análoga contiene, ya dentro del juicio oral el art. 793.8; y de la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga pena de menor gravedad, haciendo uso de la potestad legal de rebajarla en grado; aunque sí le estará vedado hacer uso de la potestad legal de elevarla, si previamente no lo han hecho las acusaciones en su calificación definitiva (vid. art. 794.3)".

Sin embargo, este criterio fue criticado a nivel doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, las SSTS de 21 de octubre y 27 de noviembre de 1998 se apartaron de la idea recogida en la Circular en lo relativo a que la imposición facultativa de una pena superior solo determinaría la competencia de la Audiencia cuando efectivamente fuese solicitada por las acusaciones, por el riesgo de relativizar el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, al dejar en manos de las acusaciones la facultad de elegir al Juez (Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial), de manera que en las referidas sentencias se fija el criterio de que la mera posibilidad de imponer pena que exceda de la competencia de los Juzgados de lo Penal, determina la atribución del asunto a la Audiencia Provincial.

También la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, modificó aquel criterio aunque referido al ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento de los juicios rápidos. Después de reflejar que el criterio de la Circular 1/1989 fue objeto de numerosas críticas al dejar en manos de las acusaciones la elección del órgano competente, razona que "*no cabe trasladar ahora dicho criterio a la incoación de juicio rápido puesto que la decisión de incoación se ha de adoptar antes de conocer si las partes acusadoras hacen uso de la facultad discrecional agravatoria al formular el escrito de acusación*". Por esta razón adelantaba en el párrafo precedente, aunque referido a aquel ámbito, que "*si la agravación de la pena es facultativa (v. gr.: un delito está castigado con pena inferior a cinco años de prisión, pero facultativamente pueda incrementarse esa penalidad) ha de entenderse que tampoco podrán incoarse diligencias urgentes, ya que el establecimiento de una pena que facultativamente puede ser elevada ha de ser entendido como la fijación de una pena alternativa. Y el límite máximo establecido en el art. 795.1 alcanza a la pena alternativa*".

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia analizada recoge que el criterio para la distribución competencial entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial no viene determinado inexcusablemente por la pena imponible como consecuencia de la aplicación de la regla concursal, sino por las reglas de los apartados 3 y 4 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que hace referencia a los delitos a los que la ley señala pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años. Por consiguiente, "*en los supuestos concursales, sea cualesquiera la regla de específica de aplicación de la pena, la competencia la fija y determina la penalidad abstracta prevista para cada delito que integra el concurso; siendo la alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal, atender a la suma de la máxima prevista para cada infracción, un parámetro que no viene especificado ni en la norma sustantiva ni en la*

procesal".

Este criterio, la penalidad abstracta señalada al delito ha de mantenerse también en los supuestos facultativos de exasperación de la pena como el delito continuado, cuando pueda imponerse la pena superior en grado, o en el de la multirreincidencia en los que la agravación pueda también suponer la imposición de una pena superior.

En relación con el delito continuado ya la STS 599/1999, de 22 de abril, daba la razón al Ministerio Fiscal como parte recurrente al reclamar la competencia objetiva de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento de sendos delitos continuados de falsedad y estafa. Con cita de las SSTS de 19 de septiembre de 1996 y 27 de noviembre de 1998, afirmaba que "*hay que partir de la pena abstracta prevista para el delito por el que se haya acusado, sin tener en cuenta la que en concreto haya sido pedida por las partes acusadoras y a los efectos de determinar si del juicio oral en causas por delito ha de conocer la Audiencia Provincial o el Juzgado de lo Penal conforme a lo dispuesto en los mencionados apartados 3 y 4 del art. 14 de la LECr. Si con arreglo a la pena en concreto pedida por la más grave de las acusaciones hubiera de conocer del juicio oral el Juzgado de lo Penal en delitos que tienen prevista en abstracto una pena superior a los límites previstos en dicho art. 14.3, quedarían tales partes impedidas de modificar en ese mismo plenario sus conclusiones para pedir una sanción por encima de esos límites, a no ser que se quisieran soportar los trastornos procesales que llevaría consigo el que se pusiera fin a ese juicio oral para que se celebrara otro ante la Audiencia (art. 793.8 de la LECr) como consecuencia de esa modificación de conclusiones y, en todo caso, tal Juzgado de lo Penal vería mutiladas las atribuciones que la Ley Penal atribuye al órgano jurisdiccional si por alguna razón fuera procedente imponer la pena por encima de esos límites del art. 14.3. Tal consideración de la pena en abstracto, para delimitar las competencias entre la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal, es un criterio arraigado en la jurisprudencia de esta Sala, y de él parten en sus razonamiento tanto el auto recurrido y la representación del acusado que se opone al recurso, como el Ministerio Fiscal al argumentar en contra.* Y en relación con el sistema de punición de la figura del delito continuado, aunque referido al código anterior, entiende, "*de acuerdo con la parte recurrente y de conformidad con la jurisprudencia antes citada, que tal cuestión ha de resolverse en sentido afirmativo, sin tener en cuenta la circunstancia de que en concreto las partes acusadoras, al hacer sus calificaciones provisionales, hicieran o no uso de tal facultad discrecional a la hora de pedir las correspondientes penas. Si hay facultad de imponer penas superiores a las que determinan la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal, aunque las acusaciones no hayan hecho uso de esa facultad en sus calificaciones, la competencia ha de reconocerse en favor de la Audiencia Provincial*".

Más recientemente el mismo fundamento se recoge en la STS 502/2018, de 24 de octubre, afirmando que "*tal consideración de la pena en abstracto, para delimitar las competencias entre la Audiencia Provincial y el Juzgado de lo Penal, es un criterio arraigado en la jurisprudencia de esta Sala, y de él parten en sus razonamiento tanto el auto recurrido y la representación del acusado,*

que se opone al recurso, como el Ministerio Fiscal al argumentar en contra. El problema radica en cuál sea esta pena abstracta en los casos de delito continuado. Conforme al sistema de punición que para estos supuestos prevé el art. 74 del Código penal, excluyendo los casos excepcionales de notoria gravedad y perjuicio a una generalidad de personas, la penalidad resulta de la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado". Consecuentemente, la pena abstracta correspondiente al delito es la prevista para el delito de prevaricación que podrá ser aumentada a la mitad superior, lo que supone que la pena de inhabilitación del artículo 404 pueda llegar hasta los 15 años, pena que excede de la competencia del juzgado penal y, por lo tanto, su enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial".

VIº. 7.- INTERPRETACION CONJUNTA DEL ARTÍCULO 103 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y DEL ARTÍCULO 268 DEL CODIGO PENAL.

Por su interés, al ser una cuestión que se ha planteado en varias ocasiones en esta Fiscalía, se recoge el ATS 342/2020, de 4 de junio, que inadmite el recurso de casación que se había interpuesto contra sentencia de la Audiencia Provincial.

Se trataba de una causa en la que, pese a ser de aplicación el artículo103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se había permitido la personación y el ejercicio de la acción penal entre personas a las que alcanzaba la prohibición de dicho artículo. El Ministerio Fiscal había pedido el sobreseimiento y el juicio se abrió únicamente a instancias de la acusación particular. La Audiencia dictó sentencia absolutoria por "inexistencia de acción penal de la acusación particular, sentencia que fue confirmada por el Tribunal superior de Justicia en apelación. Contra la sentencia la acusación recurrió en casación porque entendía que debía haberse entrado a juzgar el fondo del asunto, aunque fuera de aplicación la excusa absolutoria del artículo 268 del código penal.

Señala el Tribunal Supremo que "*no debe confundirse la naturaleza del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la del artículo 268 del Código Penal. La primera sirve para constituir la relación jurídica procesal y la segunda interviene en la punibilidad si se dan los requisitos de su operatividad. Así, se incide por la doctrina en que el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no afecta para nada a la facultad de denunciar y a la eficacia procesal de la denuncia, si bien ésta quedará condicionada a que, bien por el Ministerio Fiscal, como defensor del orden público en los delitos perseguibles de oficio, o bien por tercera persona, se ejercite la acusación. Así, que el referido pariente no pueda perseguir por sí mismo el delito en cuestión -mediante la oportuna querella y constituyéndose en parte dentro del proceso- no supone que la persecución del delito no pueda realizarse en base a otra acusación correctamente formulada, y que supla la carencia de legitimación de quien, por tener determinados vínculos parentales, no puede ejercitar la correspondiente acción. Y resulta importante destacar, en cuanto a la forma de intervención que, tampoco, quienes se vean afectados por la prohibición del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ven restringido su derecho a ejercitar las acciones civiles dimanantes del delito, que pueden serlo con independencia de*

la acción penal, como establece el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede así aquél personarse en la causa en concepto de actor civil. Ante un caso, como el aquí ocurrido, en el que se permitió a los denunciantes constituirse como parte, la doctrina apunta como solución que si por cualquier causa se hubiera permitido -indebidamente- el ejercicio de una acción penal fuera de los supuestos legalmente establecidos (es decir, se llegase a admitir la querella interpuesta por alguno de los parientes contemplados en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como consecuencia de infracciones penales que no ataquen bienes jurídicos de carácter personal), llegándose a constituir la relación jurídico-procesal, y siendo tenido por parte el familiar querellante, lo procedente será reputar la acción penal por éste ejercitada como inexistente o nula, debiéndose retirar del proceso dicha acusación tan pronto como se constate esa grave anomalía procesal, por haber sido formulada en contra de lo dispuesto en la Ley. En este caso, si el Ministerio Fiscal considerase que los hechos no son constitutivos de delito y solicitase el archivo de las actuaciones (sin existir otra acusación en el procedimiento), no habría parte en el procedimiento que pudiera sustentar la acción penal, conllevando el archivo de las actuaciones, pues sin acusación no puede haber proceso. Y ello, con independencia de que los hechos puedan ser o no constitutivos de delito, simplemente por la falta de capacidad de la parte querellante para el ejercicio de la acción penal".

Por estas razones, "*quienes se encuentren dentro del ámbito de las relaciones familiares contempladas en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y pretendan ejercitar una acción penal por un delito que no sea contra las personas, carecerán de acción penal que poder ejercer contra los infractores, y el órgano judicial no entrará a conocer del objeto del proceso. En este caso, la acción penal ha de tenerse por inexistente y, faltando un requisito inexcusable de procedibilidad, unido a la falta de acusación (principio acusatorio), la persecución no podrá realizarse*".

VIº. 8.- CONFORMIDADES FUERA DE LOS LIMITES LEGALES.

La STS 280/2020, de 4 de junio, aborda las consecuencias que pueden derivarse de conformidades alcanzadas por acuerdos previos entre las partes fuera del marco legal que permite el dictado inmediato de una sentencia de conformidad.

Con carácter previo señala la sentencia que "*la conformidad como institución procesal con un régimen legal específico (art. 787 y arts. 655 y ss. y 688 y ss. LECrim) se produce ante la confluencia de unos estrictos requisitos. Sin ellos ni hay conformidad ni son de aplicación las normas que la disciplinan. Otra cosa es que en la praxis se hayan abierto paso fórmulas que alivian la carga probatoria del juicio oral basadas en compromisos previos entre las partes que se concretan en aceptación de los hechos, renuncia a pruebas, y modificación de conclusiones para rebajar las penas que, no constituyendo conformidad en sentido legal, permiten un desarrollo más ágil del proceso. Su desenlace será una sentencia que de ninguna forma es de conformidad, en sentido técnico, pero que puede prescindir ante la aceptación de los hechos, y coincidencia en la calificación jurídica y penalidad de una motivación elaborada remitiéndose a*

esa confesión y allanamiento frente a las peticiones del Fiscal y ajustar su penalidad por virtud de las exigencias del principio acusatorio a la concreta efectuada por la acusación y normalmente pactada extraoficialmente con las defensas".

Lo primero que hay que destacar es que la sentencia que se dicte no es, en sentido técnico, de estricta conformidad y la aceptación de hechos y de la respectiva calificación y pena, no exime de la necesaria celebración del juicio oral y de la práctica de la prueba, aunque el reconocimiento pueda aligerar la sobrecarga de la vista eliminando pruebas innecesarias o redundantes. Tampoco el consenso alcanzado exime al Tribunal de reflejar en la sentencia de la valoración de la prueba practicada, y, obviamente, tampoco es obstáculo alguno para su impugnación.

Como recoge la sentencia citada, aquella forma de proceder es una "praxis" en la que "*el Tribunal no pierde sus facultades (a diferencia con las sentencias de estricta conformidad) y no está obligado ni a ajustarse a la penalidad pedida de consuno (no podrá incrementarla, pero sí reducirla), ni a atenerse a la calificación jurídica, y ni siquiera a traspasar a la sentencia la condena o las concretas peticiones de pena o de responsabilidad civil. Cosa distinta en que eso sea ordinariamente lo procedente. Pero a diferencia de las sentencias de conformidad, en esos supuestos el juez o Tribunal puede considerar no probada la acción, o rebajar la penalidad o apreciar de oficio una prescripción, por ejemplo*".

El Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse respecto a estas conformidades que califica de "encubiertas" en la STS 291/2016, de 7 de abril, declarando la nulidad de la sentencia y retrayendo las actuaciones a la celebración del juicio. Entiende razonable defender que la limitación punitiva establecida por la Ley para las sentencias de conformidad pueda ser elevada o suprimida en una reforma futura. Así, lo recogían tanto el Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento criminal de 2011, como el Borrador de 2013, que suprimieron esta limitación. Pero ésta es una decisión que corresponde al Legislador, que puede añadir mayores garantías proporcionales a la mayor gravedad de las penas que pudieran ser impuestas por esta vía. Pero en el estado actual, la sentencia afirma con rotundidad que "*el principio de legalidad procesal no puede ser soslayado, máxime en una materia que puede fácilmente generar indefensión. La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales*" (…) "*la confesión del acusado ya no es como en el proceso inquisitorial, la reina de las pruebas, por lo que no exime al Juzgador de practicar las diligencias mínimas necesarias para adquirir el convencimiento de su realidad y de la existencia del delito (art 406 Lecrim), y que no puede confundirse una declaración detallada y minuciosa sobre los hechos, propia de la prueba de*

interrogatorio del acusado practicada en el juicio oral, con la mera conformidad del acusado respecto de la acusación formulada que, tal y como está diseñada en nuestro proceso, se limita a supuestos de delitos de menor entidad, sin que pueda proyectarse su regulación y efectos a acusaciones graves en perjuicio del derecho de defensa".

Estos argumentos se recogen en la STS 808/2016, de 10 de octubre, pues se simuló un juicio contradictorio cuando lo realmente celebrado fue un juicio de conformidad en materia en donde no era posible legalmente. Y se llegó a la misma solución porque "l*a gravedad de los hechos no permite, como es natural, degradar las garantías del juicio, por más que tales hechos se encuentren reconocidos, pues es necesario el análisis de un material probatorio que ha de llevarse a cabo en el acto del juicio oral, sin que la confesión por sí misma, en este tipo de procesos, suponga que pueda prescindirse del resto del materia probatorio, ni dejar de analizar todas las cuestiones jurídicas que se puedan plantear para la correcta calificación de los hechos, lo que puede comprobarse mediante la lectura de la sentencia recurrida, en la cual no se toma más en consideración que el reconocimiento del acusado, sin otras pruebas más que la corroboración de las lesiones y el fallecimiento de la víctima*".

En segundo lugar, y como se ha anticipado, el resultado de este tipo de conformidades no excluye la posibilidad de impugnación de la sentencia. Claramente la primera de las sentencias citadas afirma que "*la conformidad como institución procesal con un régimen legal específico (art. 787 y arts. 655 y ss. y 688 y ss. LECrim) se produce ante la confluencia de unos estrictos requisitos. Sin ellos ni hay conformidad ni son de aplicación las normas que la disciplinan*", entre ellos, el apartado 7 del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que "*Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada*". El límite máximo punitivo establecido legalmente para las conformidades es el de seis años de prisión, según lo dispuesto por el art 787. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el procedimiento abreviado, regla que es extensible al procedimiento ordinario, en el que el art 655 de la ley establece la conformidad para las penas "correccionales", que son precisamente las que no superan los seis años de privación de libertad, y es el límite que también está recogido en el artículo 50 de la Ley del Jurado.

VIº. 9.- CONFORMIDADES EN LOS SUPUESTOS DE SER VARIOS LOS ACUSADOS.

La citada STS 280/2020, de 4 de junio, aborda también los supuestos que se suelen plantear en ocasiones respecto de juicios en los que alguno de los acusados se conforman y otros no.

Con cita de la STS 744/2017, de 16 de noviembre, recuerda una obviedad en continuidad con muchas otras: "*hay que atenerse al mandato legal, lo que supone que la conformidad ha de ser prestada por todos los acusados como ordena el art. 697 LECrim.*": "*Cuando fueren varios los procesados en una*

misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 694 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio. Si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior. Si el disentimiento fuere tan sólo respecto de la responsabilidad civil, continuará el juicio en la forma y para los efectos determinados en el artículo 695". Cita igualmente la STS 971/1998, 27 de julio, que después de recoger los preceptos que regulan el régimen de la conformidad, afirma "*que una conformidad expresada por sólo parte de los acusados resultará irrelevante para determinar el sentido de la sentencia que en tal caso habrá de ser para todos los acusados -incluso para los que expresaron la conformidad- el resultado de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno; y así las conformidades expresadas sólo por algunos devienen intrascendentes si faltan las de los demás, diluyéndose aquéllas en el ámbito de la actividad probatoria total, a valorar en conciencia por el Tribunal de instancia (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*"

Por esta razón concluye diciendo que "*sólo opera el régimen especial de conformidad si todos los acusados se allanan. En caso contrario es obligado celebrar el juicio para todos (también para los conformes). La conformidad no predicable de todos los acusados deviene intrascendente y conlleva como consecuente necesidad la celebración de un juicio contradictorio exactamente igual que si la conformidad no se hubiese manifestado por ninguno. El art. 787.2 en sede de procedimiento abreviado insiste en la necesidad de la anuencia de todas las partes, requisito solo excluido cuando es una persona jurídica la que muestra la conformidad (art. 787.8 LECrim)*", aunque, por lo que a continuación se expone, la nulidad de la sentencia devino porque se recibió declaración como testigos a los acusados que habían prestado la conformidad.

Ciertamente se trata de una práctica irregular, aunque, como precisa la sentencia citada al comienzo, en ocasiones ha sido validada por el TS al "*no observarse ni indefensión ni quiebra de alguna garantía*", y, citando la STS 91/2019, de 19 de febrero, en algunas ocasiones "*la conformidad alcanzada por una parte de los acusados no se deja sin efecto, ni se ordena repetir el juicio para ellos*". No obstante, es necesario realizar alguna precisión. En el caso enjuiciado en esta última sentencia se había dictado sentencia de conformidad respecto de tres acusados y ya se había abierto la ejecución respecto de ellos. Además, precisa la sentencia, "*el Tribunal utilizó la conformidad de los tres primeros acusados para fundamentar su convicción sobre la responsabilidad penal de los otros dos, según consta en los últimos párrafos del apartado segundo de los hechos probados. Sin que los acusados conformes hubieran siquiera prestado declaración sobre los hechos al darse por terminado el juicio con respecto a ellos una vez que asintieron al escrito de acusación, por lo que sus meras afirmaciones reconociendo los hechos ni siquiera fueron sometidas a contradicción en la vista oral, de lo cual se queja la defensa por ocasionarle indefensión y vulneración de las garantías procesales*".

Ante esta situación procesal la Sala opta por una solución un tanto salomónica declarando la nulidad de la sentencia y la repetición del juicio respecto de los acusados no conformes, que habían interpuesto el recurso de casación alegando indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, "*tanto las que otorga la ley ordinaria en lo concerniente a la improcedencia de dividir la continencia de la causa cuando la conformidad de los acusados no incluye a todos ellos (art. 697 del C. Penal), como aquí sucedió, como por la circunstancia de que no pudieran contar los dos recurrentes con la presencia de los otros tres acusados para someter a contradicción las manifestaciones implícitas en su conformidad procesal, que además son después utilizadas en perjuicio de los acusados disconformes con el Ministerio Fiscal*".

Muy distinto es el caso contemplado en la STS 784/2012, de 5 de octubre, que es citada en la sentencia recogida al principio. En este caso, similar al de dicha sentencia, la conformidad de varios de los acusados al inicio de la vista oral del juicio no generó por sí indefensión para los restantes, ni en el ámbito probatorio, ni en el penal sustantivo. Se trataba de conformidades parciales en que los conformes no abandonaron el juicio oral, pudiendo ser preguntados por las restantes defensas. No era una conformidad. Se trató de la celebración de un juicio con parte de los acusados que se conformaban, lo que es muy distinto. Como se recoge en los argumentos, la parte ajena a la conformidad pudo someter a contradicción el reconocimiento de los hechos por parte de los coacusados y también refutar sus afirmaciones valiéndose de otras pruebas contrarias a lo manifestado por aquellos. Cita también la STC 126/2011, de 18 de julio, que rechazó la indefensión alegada por la modificación del escrito de acusación y a la conformidad de algunos de los acusados, rechazó que ello generara de por sí indefensión y trasladó la cuestión suscitada al ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia por tratarse realmente de un problema de valoración probatoria de las declaraciones de los coimputados.

La cuestión objeto de este epígrafe fue también planteada en la STS 287/2020 de 4 de junio, y la primera observación que realiza es su singularidad y que "*revela una actuación no regular*", aunque enfocada también desde el prisma del derecho de defensa se niega que existiera vulneración alguna, "*aunque el enjuiciamiento no ha sido regular, esa conclusión no ha producido la indefensión que haría procedente la nulidad. El juicio tuvo lugar con la presencia de todos los acusados, y los conformados no quisieron declarar, lo que no es sino manifestación de su derecho a no declarar*". Se trataba, como resume la sentencia, de un caso en el que "el tribunal dividió el enjuiciamiento, aunque conjunta de los acusados, en dos partes, una para quienes se conformaron, respecto a las que admitió la conformidad y al expresar éstos que no recurrirían, la declaró firme; la segunda parte, para los que no se conformaron respecto a los que se redacta otro hecho probado, con su respectiva intervención en los hechos. Esta división es aparente, pues se dictó una única sentencia con dos apartados, uno correspondiente a los acusados que se conforman y otro para los no conformados, pero el juicio tuvo lugar en su integridad con todos los acusados presentes, si bien los conformados, desde el inicio del juicio conocían y supieron el resultado de la condena coincidente con la conformidad expresada. No obstante, estuvieron presentes

en el juicio, y en ejercicio de su derecho a no declarar no lo realizaron a las preguntas de las partes".

La sentencia analizada se distancia del supuesto contemplado en la citada anteriormente 91/2019, de 19 de febrero, porque en el proceso que revisa reconoce la evidencia de la irregularidad de la sentencia impugnada al diferenciar en dos apartados la sentencia de condena, pero, como se ha adelantado, "*no ha causado indefensión, pues el enjuiciamiento de este recurrente, y el de quien hemos analizado anteriormente su impugnación, se desarrolló en unidad de acto, con presencia de los acusados, los conformados y aquellos para los que continuó el juicio. Podríamos señalar que formalmente el enjuiciamiento fue irregular, pero materialmente esa irregularidad no supuso indefensión, en la medida en que el juicio se desarrolló como si no se hubiera resuelto sobre la conformidad en los términos que figuran en la sentencia, esto es, anticipo de la admisión de la conformidad y declaración de firmeza de la sentencia condenatoria*".

Como conclusión de cuanto se ha expuesto reproduzco el final del fundamento jurídico sexto de la STS citada número 291/2016, de 7 de abril. "*En cualquier caso, el principio de legalidad procesal no puede ser soslayado, máxime en una materia que puede fácilmente generar indefensión. La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales*".

VIº. 10.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL OPERADA POR LA LEY 41/2015, DE 5 DE OCTUBRE, EN MATERIA DE CONEXIDAD DELICTIVA.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 9 de marzo de 2017 el siguiente acuerdo sobre la incidencia en el procedimiento de la Ley del Jurado de las nuevas reglas de conexión del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

"1.- De los delitos que se enumeran en el art. 1.2 de la ley reguladora, siempre y sólo conocerá el Tribunal del Jurado.

Si se ha de conocer de varios delitos que todos sean competencia del Tribunal del Jurado, como regla general se seguirá un procedimiento para cada uno de ellos sin acumulación de causas. Será excepción la prevista en el nuevo art. 17 de la LECri: serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2.- También conocerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos.

3.- La procedencia de tal acumulación derivará de la necesidad de evitar la ruptura de la continencia de la causa. Se entiende que no existe tal ruptura si es posible que respecto de alguno o algunos de los delitos pueda recaer sentencia de fallo condenatorio o absolutorio y respecto de otro u otros pueda recaer sentencia de sentido diferente.

4.- Existirá conexión determinante de la acumulación de los supuestos del art. 5 de la LOTJ.

5.- Que en el supuesto del art. 5.2 a, se entenderá que también concurre la conexión conforme al actual art. 17.6° cuando se trate de delitos cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad temporo-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2. de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto.

6.- En los casos de relación funcional entre dos delitos (para perpetrar, facilitar ejecución o procurar impunidad) si uno de ellos es competencia del Tribunal del Jurado y otro no, conforme al art. 5.2.c de la Ley del Tribunal del Jurado, se estimará que existe conexión conociendo el Tribunal del Jurado de los delitos conexos.

7.- No obstante, en tales supuestos de conexión por relación funcional, la acumulación debe subordinarse a una estricta interpretación del requisito de evitación de la ruptura de la continencia, especialmente cuando el delito atribuido al Jurado es de escasa gravedad y el que no es principio de su competencia resulta notoriamente más grave o de los excluidos de su competencia precisamente por la naturaleza del delito.

8.- Tampoco conocerá el Tribunal del Jurado del delito de prevaricación aunque resulte conexo a otro competencia de aquél.

Pero si podrá conocer, de mediar tal conexión, del delito de homicidio no consumado.

9.- Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento.

Así mismo, cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado será competente el Tribunal del Jurado si éste fuere de los atribuidos a su conocimiento.

10.- A los efectos del art. 17.2.3 de la LECri se considerarán conexos los diversos delitos atribuidos a la misma persona en los que concurra, además de analogía entre ellos, una relación temporal y espacial determinante de la ineludible necesidad de su investigación y prueba en conjunto, aunque la competencia objetiva venga atribuida a órganos diferentes.

En tales casos, si uno de los delitos debiera conocer el Tribunal del Jurado, se estará a lo establecido en el apartado 5 párrafo segundo de este acuerdo".

VII. UNIFICACION DE DOCTRINA EN MATERIA PENITENCIARIA.

VII.1.- ABONO DE PRISIÓN PREVENTIVA.

El recurso de casación para unificación de doctrina en materia penitenciaria fue introducido por la LO 5/2003, de 27 de mayo, que modificó la Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el Acuerdo Plenario de 22 de julio de 2004, recogido en la STS 1097/2004, de 30 de septiembre, se señalaron como requisitos del recurso de unificación de doctrina en materia penitenciaria -cuyas decisiones en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la impugnada- los siguientes:

a) la identidad del supuesto legal de hecho.

b) la identidad de la norma jurídica aplicada.

c) la contradicción entre las diversas interpretaciones de dicha norma.

d) la relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida. Y Desde el punto de vista de su naturaleza y finalidad, la Sala Segunda precisa que a) no es una tercera instancia; b) han de respetarse siempre los presupuestos fácticos fijados por el Tribunal a quo; c) no cabe apreciar contradicción en la aplicación de la norma cuando ello dependa de comportamientos individualizados, informes o diagnósticos personales y cuando las decisiones judiciales respeten el margen de discrecionalidad que la propia norma establezca o permita.

La STS 547/2019, de 12 de noviembre, abordó la unificación de doctrina sobre el artículo 58 y 59 del Código Penal, en relación a la controversia sobre si es posible el abono a una causa en ejecución de pena privativa de libertad, de la prisión provisional sufrida en otra que está todavía en trámite sin que haya recaído sentencia firme; y si también es posible, mutatis mutandis, el abono por compensación de otras medidas cautelares (comparecencias apud acta y retirada de pasaporte) además del abono del tiempo padecido en situación de prisión provisional.

El Tribunal Supremo declara que procede unificar la discrepancia formulada, señalando como doctrina legal unificada que no es posible el abono en una

ejecutoria, de la prisión preventiva o medidas cautelares, adoptadas en otra causa que aún se halla en tramitación, sin haber concluido definitivamente.

Ello significa que no es posible dejar en manos del penado la elección de entre todas las causas que se le siguen, concluidas o pendientes, donde se abone una prisión preventiva sea cualquiera la causa donde se hubiere sufrido. Entender lo contrario supondría alterar las consecuencias de instituciones como el indulto o la suspensión de la ejecución de la pena, donde uno de los motivos que incide frecuentemente en su concesión, es el tiempo privado de libertad en la causa correspondiente.

Esta tesis resulta conforme con los Acuerdos de Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria que sostienen que el abono de la prisión preventiva en causa distinta a aquella en que se generó solo cabe respecto de causas en que la sentencia es absolutoria o condenatoria con exceso de cumplimiento; pero no respecto a una causa distinta a aquella en la que se generó cuando dicha prisión preventiva proceda de una pena suspendida, prescrita o sustituida.

La sentencia recuerda que el abono de la prisión preventiva data de una inicial y exigua previsión en el Código Penal de 1822, y que la figura ha ido evolucionando hasta su actual regulación en los artículos 58 y 59 del Código Penal, sobre los que ahora se interesa la unificación de doctrina.

El Supremo comparte el criterio el defendido en la resolución recurrida, el Auto dictado por el TSJ Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2019, porque la causa seguida ya en fase de ejecución, es una causa totalmente independiente, aunque en sus comienzos pudiera haber partido de un tronco común, y ello impide entender que las medidas cautelares que se acordaron inicialmente en el seno de las diligencias previas afecten a todas las piezas y testimonios que hayan podido nacer de ellas, con la lógica consecuencia de que no resulta procedente computar en la ejecutoria, los periodos interesados por el penado como tiempo de prisión provisional sufrida en las diligencias previas. Puntualiza la Sala que tampoco es posible el abono pretendido de otras medidas cautelares, sin que por ello se vulnere el derecho a la libertad porque cuando la privación de libertad se ajusta a la normativa penal, también se ajusta a la constitucional.

VIIº. 2.- INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 157.1 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO SOBRE SUSPENSIÓN Y REVOCACIÓN DE PERMISOS DE SALIDA.

La STS 541/2016, de 17 de junio, después de reflejar el contenido del artículo 157 del Reglamento Penitenciario, resuelve el recurso de casación interpuesto contra auto de la Audiencia Provincial que acuerda revocar y dejar sin efecto el permiso concedido al interno recurrente. A juicio de éste, la decisión no es correcta con cita de resoluciones de otras Audiencias Provinciales que concluyen que la revocación del permiso es únicamente posible en los supuestos del n° 2 del art. 157, es decir fuga y comisión de delito durante el disfrute del permiso, pues en los demás casos el permiso puede ser

provisionalmente suspendido, que no revocado, y será disfrutado una vez se retorne a las circunstancias que motivaron su concesión.

El TS desestima el recurso de casación entendiendo que cuando *el art. 157.1 RP, establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial "para que resuelva lo que proceda", debe entenderse que entre las facultades del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no solo está ratificar o no la suspensión, sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute, como sucede en autos al incumplirse la condición establecida*. Y relacionando el apartado primero con el segundo del citado artículo dice que "*mientras que en los supuestos del art. 157.2, la revocación es automática, en el caso del art. 157.1, dependerá de la consecuencia que los nuevos hechos, deban conllevar en su régimen tratamental, en la ponderación que realice al efecto el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Las sucesivas decisiones del Director del establecimiento y del Juez de Vigilancia, se insertan en una eficaz y rápida coordinación entre los ámbitos de régimen y tratamiento*".

Y en el fallo finalmente declara la sentencia para la unificación de doctrina que *"cuando el art. 157.1 del Reglamento Penitenciario , establece que si antes del disfrute del permiso y ante la aparición de hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron la concesión del mismo, el Director podrá suspender el permiso y lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial "para que resuelva lo que proceda", debe entenderse que entre las facultades del Juzgado Vigilancia Penitenciaria no solo está ratificar o no la suspensión, sino también revocar el permiso concedido, cuando ello resulte necesario a tenor de las circunstancias sobrevenidas antes de su disfrute*".

VIIº. 3.- REQUISITO DE AUSENCIA DE MALA CONDUCTA PARA LA CONCESION DE PERMISOS ORDINARIOS DEL ARTÍCULO. 47.2. DE LA L.O.G.P..

La STS 124/2019, de 8 de marzo, resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal para unificación de doctrina en dos puntos concretos:

La primera pretensión que interesaba el Ministerio Público en su recurso era que se declarase que la existencia de un expediente disciplinario activo en materia penitenciaria excluye que pueda apreciarse la ausencia de mala conducta que, para la concesión de un permiso ordinario, exigen los artículos 47.2 de la LOGP y 154 del RP.

Y, en segundo lugar, reclamaba además un pronunciamiento casacional que, en unificación de doctrina, proclamase que el requisito de la ausencia de mala conducta por sanciones no canceladas sólo podrá filtrarse a la fecha del acuerdo de la Junta de Tratamiento, siendo irrelevante una cancelación de sanciones acaecida, de forma natural, por el mero transcurso de los plazos legales entre dicho acuerdo y la resolución judicial que se dicte, pues la revisión de la legalidad del acto administrativo no alcanza a modificar los

presupuestos fácticos que le sirvieron de base. También que se proclame que cualquier variación suscitada en torno al requisito de la buena conducta tras el acuerdo de la junta de tratamiento, que pudiera hacer desaparecer o reaparecer la exigencia, deberá documentarse en el expediente penitenciario y, previo a resolver, someterlo a contradicción de las partes.

La Sala Segunda, estimando parcialmente el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, declara:

"*1.º. El requisito de ausencia de mala conducta exigido para la concesión del permiso ordinario penitenciario contemplado en el artículo 47.2 de la LOGP , es un presupuesto de ponderación técnica a partir de todas las circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, así como a su implicación en el tratamiento y en el régimen penitenciario que le resulte aplicable. Por ello, cumplida la sanción de privación de permiso por el tiempo que haya sido impuesta, la mera existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, no comportará la carencia del requisito si se aprecian otras razones objetivas que fundamenten su concurrencia.*

2.º. En los casos en los que la falta del requisito de adecuada conducta responda exclusivamente a la existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar, el simple transcurso del tiempo prefijado en el Reglamento Penitenciario para la cancelación de las sanciones disciplinarias, en los casos en los que hubiera sido correctamente computado en la decisión que se impugna, es un presupuesto de hecho ya contemplado en la resolución, de modo que carece de la naturaleza excepcional que permitiría considerar su concurrencia al tiempo del recurso de alzada.

3.º Cuando la falta del requisito de adecuada conducta, más allá de la simple existencia de sanciones penitenciarias sin cancelar, responda a la ponderación de esa y otras circunstancias diversas, la resolución de los recursos de apelación contra autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria también habrá de estar a los datos o circunstancias sometidos a la consideración de éste; sin perjuicio de que, excepcionalmente, de haberse producido durante el trámite del recurso incidencias propias del tratamiento del interno que fueran relevantes para la decisión y que no hubieran sido inicialmente contempladas, puedan ser examinadas en la alzada, siempre tras un debate contradictorio entre las partes intervinientes en el recurso".

VIIº. 4.- ASUNCION DE LOS COSTES DEL TRASLADO DE LOS EFECTOS PERSONALES DE UN INTERNO QUE DEBE ASUMIR LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA.

La STS 657/2018, de 14 de diciembre, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria en el que la cuestión debatida era decidir quién debe asumir el coste del transporte de un televisor perteneciente a un interno cuando este se traslada de centro penitenciario, en concreto quién lo asume cuando el peso de las pertenencias del interno no supera la limitación de peso fijada reglamentariamente, 25 Kg (art. 318 RP). La

duda que surgía era si el coste del traslado del televisor debe sufragarlo la Administración penitenciaria o el interno.

La Sala Segunda, tras fijar los antecedentes, examinar la normativa aplicable y analizar los autos de contraste, llega a la conclusión de que "*el Reglamento Penitenciario reconoce, como derecho del interno, que el trasladado a otro establecimiento penitenciario, implica que el transporte sea con cargo a la Administración Penitenciaria de sus pertenencias personales con un peso no superior a 25 kilogramos, ello para todo interno, sin distinción si el traslado es forzoso o voluntario, y sin hacer mención alguna a objetos de especiales características*", concluyendo, además, que "*la Administración asumirá todos los gastos cuando el interno carezca de recursos económicos*".

VIIº. 5.- CONDICIONES PARA LA LIBERTAD CONDICIONAL. REQUISITO DEL ABONO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CUANDO LOS INGRESOS DEL INTERNO SON INFERIORES AL MINIMO INEMBARGABLE.

La STS 59/2018, de 2 de febrero, resuelve el recurso planteado instando la unificación de la doctrina en interpretación del artículo 90 del Código penal en el sentido de entender que "*no es posible establecer, respecto de penados en situación de libertad condicional con ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional, la obligación de abordar en concepto de pago de responsabilidad civil un porcentaje de dichos ingresos*".

El Ministerio fiscal apoya la estimación del recurso y entiende no es exigible la fijación de una obligación de cuota porcentual a los ingresos para satisfacer la responsable a civil cuando los ingresos no superan el salario mínimo, no pudiendo calificarse de falta de "esfuerzo reparador" cuando no se atiende. No existe el deber jurídico de abonar las deudas pendientes con cargo a cantidades inembargables y no cabe imponer, ni valorar negativamente, que el interno en situación de libertad condicional no abona cantidad alguna si su sueldo no excede del límite embargable. El solo hecho de que el penado haga uso de lo que es su derecho (ampararse en el beneficio de inembargabilidad establecido en la ley) no cabe deducir una consecuencia jurídica negativa.

La Sala estima el recurso argumentando que "l*a satisfacción de las deudas contraídas por razón de delito y que el tribunal ha fijado en el fallo de la sentencia condenatoria constituyen un crédito en favor del acreedor que el obligado por la sentencia condenatoria debe satisfacer y a cuyo efecto dispone el ordenamiento procesal civil los embargos y medidas cautelares en el caso de que fuera preciso una ejecución obligatoria, por no haber sido asumida de forma voluntaria. En la fijación de esta forma de satisfacción y de ejecución judicial el propio ordenamiento señala las pautas a seguir, bajo la rúbrica del embargo de bienes en los artículos 584 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil,* regulando el modo de proceder para el aseguramiento de la deuda declarada. *Es el propio ordenamiento civil el que señala en el artículo 607 la procedencia del embargo de sueldos y pensiones y considera inembargables los sueldos, jornales y retribuciones que sean superiores al salario mínimo interprofesional, conforme a la escala que relaciona estableciendo distintos niveles en función de los ingresos y de las cargas*

familiares. A su vez establece una excepción a la inembargabilidad respecto a pensiones alimentarias. Con ello el legislador civil trata de preservar del cumplimiento de la obligación un mínimo vital necesario para una vida en condiciones de dignidad del deudor obligado al pago de la responsabilidad civil declarada. Ese mínimo vital constituye el umbral de lo absolutamente necesario para una vida digna y constituye un dique de contención frente al legítimo derecho del acreedor al cobro su deuda. De esta manera se cohonesta el derecho de acreedor, que debe ser tutelado, y el deber del deudor que debe cumplir la obligación manteniendo las condiciones de dignidad que le permitan subsistir. Si por ministerio de la ley son bienes inembargables, sobre ellos no puede actuarse, desde la coacción del Estado, el cumplimiento de la obligación. Por tanto, *quedan al margen de la ejecución y, consecuentemente, no puede ser considerados como parte del esfuerzo reparador que el deudor de la responsabilidad civil debe realizar para satisfacer la deuda los ingresos inferiores a lo declarado inembargable*".

En consecuencia, "*la interpretación procedente del artículo 90 del Código penal en cuanto a las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 la Ley de enjuiciamiento civil*".

VII. 6.- UNIFICACION DE DOCTRINA: INTERPRETACION DEL ARTICULO 45 DEL REGLAMENTO PENITENCIARIO.

La STS 408/2020, de 20 de julio, afronta y unifica doctrina en relación con el motivo planteado en el recurso vulneración de los artículos 53 Ley General Penitenciaria y 45 del Reglamento Penitenciario, relativo a las comunicaciones íntimas de los internos, que se desarrolla en la circular 24/96, que vulnera el principio de jerarquía normativa, pues por medio de una circular se restringen los derechos reconocidos por el Reglamento Penitenciario, que no pone límite al concepto de pareja o allegado.

La Sala, tras examinar los preceptos citados junto con las resoluciones de contraste y al Instrucción 4/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que, en relación con las comunicaciones vis a vis, establece que "*Con carácter general no se concederán comunicaciones íntimas a los internos con personas que no puedan acreditar documentalmente la relación de afectividad o que hayan celebrado otras con anterioridad con persona distinta a la solicitada, en cuyo caso será necesario que exista una relación de estabilidad de 6 meses de duración*", entiende que es necesario fijar doctrina interpretativa sobre la cuestión planteada. Se trata, como recogía el informe del Ministerio Fiscal apoyando el motivo, de establecer los medios de prueba válidos para acreditar la condición de allegado o familiar de la persona con quien se solicita la comunicación vis a vis cuando ésta con anterioridad ha mantenido un vis a vis con otro interno.

Y, tras exponer que "*la interpretación de los términos "allegados" o " familiares" del art. 45 del RP no puede ser ceñida, respecto de quienes con anterioridad han mantenido una comunicación vis a vis con un tercero, solamente a*

*aquellas personas que demuestren mediante comunicaciones en locutorio durante los 6 meses previos la relación con el solicitante del vis a vis, sino que ha de entenderse que cualquier medio de prueba de la existencia de una relación de pareja (y entre ellos lo es el otorgamiento de escritura pública notarial de pareja de hecho) ha de poder ser valorado, en un régimen de prueba libre y no tasada, para acreditar a efectos penitenciarios la referida relación. Es decir, aunque exista una relación vis a vis mantenida con anterioridad con un tercero, no existe limitación en los medios de prueba que pueden ser valorados libremente por los órganos judiciales para acreditar la existencia de una relación sentimenta*l", señala como doctrina jurisprudencial que "*la relación de pareja entre los solicitantes de una comunicación vis a vis puede ser acreditada, aun cuando uno de ellos hubiera tenido anteriormente una comunicación de tal clase con otra persona, mediante cualquier medio de prueba válido, siendo por tanto valorable como tal una escritura de constitución de unión de hecho, sin que sea admisible como único medio de prueba la acreditación de que existe dicha unión desde 6 meses antes a través de comunicaciones en locutorios*".

Castellón, 22 de septiembre de 2020.

EL FISCAL JEFE

Fdo. José Luis Cuesta Merino.