

Revista del Ministerio Fiscal

nº 1, 2016

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

La reforma de la parte especial del código penal derivada de la Ley Orgánica 1/2015

Revista del Ministerio Fiscal, año 2016, número 1

Director de este número: Jaime Moreno Verdejo, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Luis Bueren Roncero, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Miguel de la Rosa Cortina, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

Índice

1. NOVEDADES EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE HOMICIDIO Y ASESINATO DOLOSOS	4
JAIME MORENO VERDEJO	
1. Introducción	4
2. Las nuevas figuras de homicidio agravado	5
2.1. Homicidio agravado del art. 138.2.a) por la concurrencia de circunstancias del art. 140.1	5
2.2. Homicidio agravado del art. 138.2.b) por concurrencia con el delito de atentado	6
3. Nueva regulación del delito de asesinato	9
3.1. Tipo básico de asesinato del art. 139.1	9
3.2. Asesinato agravado del art. 139.2 por la concurrencia de varias circunstancias	12
3.3. Asesinatos especialmente graves del art. 140.1	12
3.4. Asesinatos en serie del art. 140.2	15
4. Potestativa medida de libertad vigilada	18
5. Novedades en la regulación de la prueba de ADN	18
5.1. El posible empleo de medios coercitivos para la toma indubitable de muestras del investigado o condenado	19
5.2. El acceso de condenados a la base de datos de ADN	20
5.3. Momento procesal para la impugnación de la toma de muestra indubitable	20
2. EL NUEVO DELITO DE STALKING DEL ARTÍCULO 172 TER CODIGO PENAL	24
PILAR MARTÍN NÁJERA	
1. Introducción. Precisiones conceptuales	24
2. Tratamiento del stalking en el derecho comparado	27
3. Regulación en el derecho español	29
3.1. Antecedentes	29
3.2. Regulación legal	36
3. INCIDENCIA DE LA LO 1/2015 EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL	46
PABLO RAFAEL Ruz GUTIÉRREZ	
1. Introducción: líneas fundamentales y justificación de la reforma	46
2. Nuevo tratamiento penal de los abusos sexuales	49
2.1. Abuso sexual fraudulento y por prevalimiento: artículo 182 CP	49
2.2. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años: Capítulo II bis	51
3. Delitos de exhibicionismo y provocación sexual	61
3.1. Consideraciones generales	61
3.2. Actos de exhibición obscena: artículo 185 CP	63
3.3. Difusión de pornografía entre menores: artículo 186 CP	63

4. Delitos de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores	63
4.1. Consideraciones Generales	63
4.2. Prostitución de adultos: artículo 187 CP	64
4.3. Prostitución y explotación de menores de edad y personas con discapacidad: artículo 188 CP	67
4.4. Responsabilidad de las personas jurídicas: artículo 189 bis CP	69
5. Disposiciones comunes	69
 4. TRATAMIENTO PENAL DEL SEXTING	71
PEDRO DÍAZ TORREJÓN Y ROBERTO VALVERDE MEGÍAS	
1. Aproximación al concepto de sexting	71
2. Conductas relativas a la distribución de material procedente de sexting voluntario: difusión de material íntimo cedido. art. 197.7 CP	72
2.1. Supuesto de hecho del artículo 197.7: difusión no consentida de captaciones íntimas de la imagen	72
2.2. Bien jurídico protegido	72
2.3. Antecedentes del precepto: pronunciamientos jurisprudenciales. Posición del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal	73
2.4. Requisitos típicos	76
2.5. Penalidad	81
2.6. Precisiones finales: persegubilidad y concursos	83
3. Conductas dirigidas a la ilícita incitación al sexting: embaucamiento de menores de dieciséis años para obtención de material	83
3.1. Proposiciones de encuentro con fines sexuales por medios tecnológicos: child grooming	84
3.2. Embaucamiento para la obtención de material pornográfico	95
3.3. Consideración final común	99
3.4. Exclusión de la responsabilidad criminal	101
 5. DELITOS DE ROBO Y HURTO. MULTIRREINCIDENCIA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR L.O 1/15, DE 30 DE MARZO	104
ISABEL VÁZQUEZ BERDUGO	
1. Introducción	104
2. Del Código Penal de 1973 a la reforma de 2015	104
2.1. Del Código Penal de 1973 al Código Penal de 1995	104
2.2. Del Código Penal de 1995 a la reforma de 2015	112
3. Reforma de 2015	118
3.1. Líneas generales de la reforma	118
3.2. Informes del Consejo de Estado, CGPJ y Consejo Fiscal	119
3.3. Exposición de Motivos	125
3.4. Delito de hurto	125
3.5. Referencia al <i>furtum posessionis</i>	139
3.6. Delito de robo	140
3.7. Robo y hurto de uso	149
3.8. Multirreincidencia	153
 6. ASPECTOS SOBRE LA REFORMA DE LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIOS AJENOS PRIVADOS Y DE APROPIACIÓN INDEBIDA, TRAS LA L.O.1/2015	156
MANUEL-JESÚS DOLZ LAGO	
1. Consideraciones previas	157
1.1. La desafortunada derogación del anterior art. 295 CP/95 de administración desleal de patrimonio social y su encaje en el nuevo art. 252 CP/2015 de administración desleal de patrimonio ajeno privado	157

2. El tipo objetivo	186
2.1. Los sujetos del delito	186
2.2. La conducta típica	192
3. El tipo subjetivo	205
4. Bibliografía	206
5. Relación extractada de jurisprudencia reciente sobre el derogado art. 295 CP/2015 con breves referencias al nuevo art. 252.1 CP/2015	208
 7. LA REFORMA DE LA INSOLVENCIA CONCURSAL PUNIBLE (ART. 259 CP)	210
JUAN PAVÍA CARDELL	
1. La reubicación sistemática de los delitos de insolvencia punible	210
2. El nuevo delito de insolvencia concursal punible: art. 259 CP	211
2.1. Insolvencia punible dolosa (I): actuaciones contra el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (art. 259.1 CP)	212
2.2. Insolvencia punible dolosa (II): causación de la situación de insolvencia (art. 259.2 CP)	218
2.3. Insolvencia punible imprudente: art. 259.3 CP	220
3. Insolvencia punible agravada: art. 259 bis CP	221
4. El nuevo régimen de perseguitibilidad de la insolvencia concursal	223

Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos

Autor: Jaime Moreno Verdejo
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Resumen

La LO 1/2015 ha modificado en profundidad la regulación de los delitos de homicidio y asesinato, estableciendo una amplia serie de figuras agravadas hasta ahora desconocidas en nuestra tradición penal, algunas de ellas castigadas con la nueva pena de prisión permanente revisable.

Se agrava el homicidio por concurrencia con el delito de atentado. Se amplía el asesinato cuando tiene por finalidad la comisión u ocultación de un delito. Se introducen los homicidios o asesinatos agravados por razón de la víctima, por ser subsiguientes a un delito contra la libertad sexual o por la pertenencia de su autor a un grupo u organización criminal. Y se regula el asesinato en serie.

Las nuevas figuras típicas suscitan no pocos interrogantes y problemas concursales que tratan de abordarse con visión práctica en el presente trabajo.

Junto a ello, la prueba de ADN, de importancia en este tipo de delitos, ha sido objeto de parciales modificaciones que implican interesantes novedades en su práctica.

1. Introducción

En las sucesivas reformas del Código Penal (CP) cabe detectar una cierta tendencia del legislador a reformar en exceso los tipos para tratar de aquilatar día a día, según los acontecimientos, unos mejores resultados penales. En esa línea, la amplia reforma del CP efectuada por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, no ha resistido la tentación de reformar la tradicional regulación típica de los delitos de homicidio y asesinato. Se ha dado nueva redacción, pues, a los arts. 138, 139, 140 y 140 bis; no, sin embargo, al art. 141¹.

Ha sido, sin duda, la introducción de la pena de prisión permanente revisable la que ha motivado la nueva tipificación de estos delitos para graduar de modo más completo su diferente gravedad ante las circunstancias concurrentes y permitir así que se aplique esta pena en algunos tipos de asesinatos agravados.

La pena de prisión permanente revisable es contemplada en el CP para los siguientes delitos: asesinato muy cualificado del art. 140 (asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos en serie); homicidio o asesinato del Rey o Reina, Príncipe o Princesa de Asturias (artículo 485.1 CP); homicidio o asesinato terrorista (artículo 573.bis.1.1º CP), muerte del jefe de un Estado extranjero o de otra persona especialmente protegida por un Tratado que se encuentre en España (artículo 605.1.1 CP), algunas modalidades (muerte, agresión sexual, lesiones del art. 149) de los delitos de genocidio (artículo 607.1.1º y 2º CP) y los delitos de lesa humanidad en que se provoque la muerte de una persona (artículo 607 bis, apartado 3º, 1º CP).

¹ El art. 141 (“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores”) no ha sido retocado por la reforma. La referencia a los “tres artículos precedentes” -que materialmente deja fuera tras la reforma al art. 138- debe entenderse un mero olvido del legislador. No puede caber duda de que la provocación, conspiración y la proposición para cometer un homicidio del art. 138 no ha sido despenalizada.

Desde el prisma de la seguridad ciudadana las estadísticas sobre delitos contra la vida no parece que exigieran la modificación operada. La tasa de homicidios en España es de las más bajas de Europa. Con las dificultades propias para proporcionar datos homogéneos entre las distintas fuentes, lo cierto es que según las Memorias de 2014 y 2015 de la FGE² desde 2011 a 2014 la tasa de estos delitos ha evolucionado del siguiente modo (1294 en 2011, 1307 en 2012, 1176 en 2013 y 1254 en 2014). Cabe añadir que la tasa de criminalidad contra la vida por cada cien mil habitantes³ es de 0,63 en España, por debajo de Alemania (0,70), Italia (0,81), Reino Unido (0,96), Francia (1,20), Portugal (1,34), Estados Unidos (3,82). Según datos del Ministerio del Interior⁴ los homicidios dolosos y asesinatos consumados son los delitos que experimentan una mayor reducción durante el primer semestre del año 2015 (-26,5%).

De otro lado, la aplicación técnico-jurídica de estos delitos contaba con criterios muy consolidados en nuestra jurisprudencia. Sin embargo, con la nueva tipificación se han venido a suscitar cuestiones que plantean novedosos problemas interpretativos.

En consecuencia, el objeto de este trabajo se centra en comentar las novedades introducidas por la reciente reforma del CP. No se abordarán, por ello, los temas ya clásicos (inicio de la vida, distinción *animus necandi-laedendi*, etc.) que permanecen inalterables tras la reforma.

2. Las nuevas figuras de homicidio agravado

Acaso convenga ahora dejar ahora transcrita el nuevo precepto (se recogen en cursiva las novedades que ha introducido la LO 1/2015):

Artículo 138:

“1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:

- a) cuando concorra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o*
- b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550”.*

Se mantiene en el apartado 1 la clásica definición de homicidio (“el que matare a otro”), para la que se señala la misma pena de prisión de diez a quince años. Es el tipo básico de homicidio.

La novedad se encuentra en el apartado 2, donde se regulan una serie de homicidios agravados o cualificados para los que se fija una pena superior en grado a la del tipo básico (pena que resulta ser la de prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses).

Analizamos seguidamente ambos tipos cualificados.

2.1. Homicidio agravado del art. 138.2.a) por la concurrencia de circunstancias del art. 140.1

La referencia del precepto a las circunstancias del apartado 1 del artículo 140 debe entenderse efectuada a los tres distintos apartados en los que se subdivide. Contempla así tres circunstancias distintas –que son comunes para el homicidio y el asesinato–: por razón de la víctima, por el delito del que trae causa y por el hecho que el sujeto activo pertenezca a un grupo u organización criminal.

² Advierte de tales dificultades para obtener datos comparativos fiables y explica las causas de ello la Memoria de la FGE de 2015, página 686.

³ Datos obtenidos de www.datosmacro.com

⁴ Datos obtenidos de <http://www.interior.gob.es/prensa/noticias>

La extensión al homicidio de las cualificaciones del art. 140.1, que en el Anteproyecto se recogían en exclusiva para el delito de asesinato, se debió a la crítica recogida en el informe del Consejo Fiscal⁵ al Anteproyecto, emitido el 20 de diciembre de 2012, en el que se alude a que se observa “una clara incongruencia sistemática en el hecho de que el proyectado artículo 140 recoja tres circunstancias agravatorias de la figura especial de asesinato que, sin embargo, no figuran como agravantes específicas del delito base de homicidio (...) su influencia en la determinación de la pena quedaría condicionada a su eventual subsunción en alguna de las circunstancias agravantes genéricas previstas en el art. 22 -v. gr. el abuso de superioridad, cuando la víctima es espacialmente vulnerable- o en su caso a su consideración como un elemento a valorar en el proceso de individualización de la pena conforme a los parámetros del art. 66 CP”.

En el apartado X del Preámbulo de la LO 1/2015 se señala “Estas mismas circunstancias, por coherencia, pasan a ser también circunstancias que cualifican el delito de homicidio”.

Las circunstancias del art. 140.1 serán analizadas al estudiar el asesinato, sin perjuicio de efectuar allí las observaciones singulares en relación al delito de homicidio.

2.2. Homicidio agravado del art. 138.2.b) por concurrencia con el delito de atentado

El homicidio se agrava cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550 CP.

El Preámbulo de la LO 1/2015 no recoge las razones de política criminal a las que obedecen las restantes agravaciones del art. 140.1; pero si lo hace respecto de este supuesto en el que se refiere a la protección del principio de autoridad. Concretamente señala: “se ha previsto también la agravación del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad –cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas– con la finalidad, especialmente, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Varios problemas suscita este subtipo agravado de homicidio.

2.2.1. Cuestiones de carácter concursal

Por imperativo de los arts. 8 CP y 25 CE en aquellos supuestos en que el homicidio tenga como sujeto pasivo a una autoridad o agente, en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, y sea por ello constitutivo a su vez de un delito de atentado, no será posible calificar de concurso ideal del art. 77.2 CP entre el delito agravado de homicidio del art. 138.2.b) y el delito de atentado del art. 550 CP, sino que el primer delito –homicidio agravado del art. 138.2.b)- absorberá el de atentado so riesgo, por el contrario, de vulneración del principio non bis in idem al valorar doblemente el atentado.

La pena del art. 138.2.b) comprende la prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses, más grave por tanto que la pena que procedería -de no existir este precepto- por el concurso ideal que habría de formarse, para evitar el bis in idem, entre el tipo básico de homicidio (art. 138.1, con pena de 10 a 15 años) y el correspondiente atentado (art. 550, con pena desde 6 meses hasta 6 años de prisión en sus distintas modalidades) por lo que la pena máxima en aplicación de la regla del concurso ideal del art. 77.2 no podría exceder de 15 años.

Pone de relieve en este punto CADENA SERRANO⁶ que resulta incoherente que cuando se cometa un delito de asesinato a agente de la autoridad, funcionario o autoridad, con ocasión de sus funciones o en el ejercicio de las mismas, se deba calificar como un concurso ideal entre el

⁵ Puede consultarse en www.fiscal.es

⁶ Delitos de homicidio y asesinato en la reforma operada en el CP por la LO 1/2015. Ponencia presentada a la Escuela de Verano del Ministerio Fiscal, Mariñan, octubre de 2015.

asesinato del artículo 139 y el delito de atentado del artículo 550 CP o sus subtipos, mientras que si el atentado del artículo 550 concurre con el homicidio se haya de aplicar únicamente el artículo 138.2.b) CP. Añade que por un lado se ha introducido el artículo 138.2.a) por coherencia y para preservar la relación de especialidad entre homicidio y asesinato y, al mismo tiempo, se ha incorporado el artículo 138.2.b) de manera incoherente, rompiendo la misma especialidad.

Si el asesinato u homicidio es de naturaleza terrorista será de aplicación el art. 573 bis.1.1^a, que establece pena de “prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”, fórmula alambicada con la que se obtuvo el desbloqueo de la aprobación de la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo, y que en realidad se trata de la pena de prisión permanente revisable. Cuando el homicidio o asesinato de naturaleza terrorista se cometa (art. 573.2) contra las personas mencionadas en el art. 550.3 o contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o de las Fuerzas Armadas o contra empleados públicos que presten sus servicios en instituciones penitenciarias vendrá en aplicación el apartado 2 del art. 573 -que impone la pena en su mitad superior-. En estos casos el atentado quedaría absorbido en dicho precepto en virtud de un concurso de normas y no de delitos. Si se tratara de la muerte de alguna persona no contemplada en el art. 573.2 y que a su vez sea sujeto pasivo del delito de atentado habrá lugar al concurso ideal del art. 77.2 CP -sin que la pena varíe respecto de la otra solución-.

2.2.2. Ámbito del injusto

El segundo de los problemas viene referido a la modalidad de atentado que se incluye en el art. 138.2.b).

Este precepto hace expresa referencia al art. 550 CP donde se regulan distintas modalidades de atentado, con pena ascendente según se trate de funcionario o de autoridad, y dentro de éstas si se trata de miembros del Gobierno o resto de autoridades que señala el apartado 3 del art. 550, entre los que se cita a los miembros del Ministerio Fiscal. El homicidio de todos ellos se ha de incluir en el art. 138.2 b). También por ello se incluye el de los funcionarios docentes o sanitarios que recoge el art. 550. 1. párrafo 2.

Sin embargo, los atentados se regulan también en los arts. 551 (que recoge cualificaciones del art. 550 por el medio empleado para su comisión), 553 (conspiración, proposición y provocación para cometer atentado) y 554 (que extiende las penas de los arts. 550 y 551 a los atentados cometidos contra miembros de las Fuerzas Armadas vistiendo uniforme y de servicio, a las personas que acuden en auxilio de la autoridad, a los bomberos y miembros de equipos sanitarios o de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro y al personal de seguridad privada que desarrolle actividades en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

Se suscita la cuestión de si en los atentados con homicidio de los arts. 551 y 554, se calificará por el homicidio agravado del art. 138.2.b o si procederá el concurso entre el tipo básico de homicidio y el atentado correspondiente.

- Respecto del art. 551 CP: entiendo que no existe problema en aplicar el homicidio agravado cuando concurra alguna de las modalidades de atentado del art. 551.

De hecho, este precepto se aplicará en la mayoría de los casos en tanto que para la realización del homicidio será normal que se haya hecho uso de “armas u otros objetos peligrosos” (art. 551.1º). Además, las circunstancias 2º (lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables, incendio y utilización de explosivos), 3º (uso de un vehículo de motor) y 4º (motín en centro penitenciario) son también perfectamente posibles.

En estos casos, la pena del homicidio agravado del art. 138.2.b) (15 años y 1 día a 22 años y 6 meses) no podría alcanzarse en ningún caso con la regla del concurso ideal del art. 77.2 entre el tipo básico del homicidio (138.1, prisión de 10 a 15 años) y el atentado del art. 550 y 551.1º

(con penas de 3 a 4 años y 6 meses si es contra funcionario, de 4 a 6 años si se tratara de autoridad; y de 6 a 9 años si se tratara de alguna de las autoridades específicamente mencionadas en el 550.3). El art. 77.2 obligaría a imponer la pena del más grave (tipo básico del homicidio) en su mitad superior (de 12 años y 1 día a 15 años).

De igual opinión es CADENA SERRANO⁷ cuando con toda la fuerza lógica señala que es evidente que si el atentado simple del artículo 550 permite la elevación de pena del artículo 138.2.b), con mayor motivo el atentado cualificado por su forma de comisión del artículo 551. En cualquier caso, añade este autor, el atentado del artículo 551 CP de cometerse con el homicidio traería en aplicación el artículo 138.2.b), pudiendo valorarse las circunstancias comisivas del artículo 551.1, 2, 3 y 4 CP en la individualización de la pena del artículo 138.2.b).

- Mayores dudas podría suscitar la inclusión en el homicidio agravado -art. 138.2.b)- del atentado cometido contra el resto de las personas mencionadas en el art. 554. Concretamente la cuestión se suscita respecto de: los miembros de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, se hallare prestando un servicio que le hubiere sido legalmente encomendado, las personas que acuden en auxilio de la autoridad, los bomberos y miembros de equipos sanitarios o de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro y el personal de seguridad privada que desarrolle actividades en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Respecto de las personas citadas en el art. 554 la cuestión se me antoja menos pacífica.

La mención expresa en el art. 138.2.b) del art. 550 podría entenderse excluyente del art. 554. Según esto las personas citadas en los arts. 554. 1, 2 y 3 no se integrarían en el art. 138.2.b) por la necesaria interpretación estricta del tipo penal.

Además, la interpretación literal se vería reforzada con otro argumento: si bien la extensión a las modalidades del 551 tendría su justificación en el hecho de que son “formas de atentar” más graves contra los mismos sujetos protegidos en el art. 550, en cambio, en el 554 se reconocen distintos sujetos pasivos.

Sin embargo, no veo en ello más que un mero error de técnica legislativa, pues se me hace difícil comprender la razón de la inclusión de las personas del art. 551 y exclusión de las del art. 554 en el homicidio agravado del art. 138.2.b).

Por un lado, existe un argumento de fuste a favor de considerar que la voluntad del legislador era la inclusión: muchas de las personas mencionadas en el art. 554 son, a su vez, funcionarios públicos, por lo que de no existir el art. 554 se verían amparados por el art. 550.1 CP. Por tanto, como mínimo, aquellas personas mencionadas en el art. 554 que sean funcionarios públicos deben ser incluidas en el 138.2.b) ya que el art. 551 los contempla. Carecería de sentido que la protección que se dispensa, por poner un ejemplo, en el homicidio de un docente o sanitario (550) no alcanzara a un funcionario miembro de las Fuerzas Armadas (554).

Además, respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, se hallaren prestando un servicio que le hubiere sido legalmente encomendado (art. 550.1), su inclusión cuenta con el argumento añadido de que el art. 573 bis 2 (reformado por la LO 2/2015) equipara los atentados terroristas contra miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y de las Fuerzas armadas.

Queda por ello, a lo sumo, reducida la cuestión a las personas que, sin ser funcionarios públicos, acudan en auxilio de la autoridad o funcionario público atacado o al personal de seguridad privada que desarrolle actividades de cooperación y bajo el mando de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad. Respecto de todos ellos, las circunstancias específicas en que se exige por el art. 554 que se hallen los sujetos pasivos para aplicar las penas del atentado presuponen el ejercicio

⁷ Op. Cit, pág. 7

de funciones merecedoras de la especial protección que se dispensa en este homicidio agravado al principio de autoridad.

Se muestran partidarios de la extensión a las personas mencionadas en el art. 554 MUÑOZ CUESTA y RUIZ DE ERENCHUN⁸. En contra CÁMARA ARROYO⁹, para quien el nuevo homicidio cualificado deja fuera del tipo penal a todos los sujetos pasivos del art. 554 y también ALVAREZ GARCÍA y VENTURA PUSCHEL¹⁰.

3. Nueva regulación del delito de asesinato

Cabe establecer bajo la nueva regulación tres tipos de asesinato: el tipo básico del art. 139 (que lleva aparejada prisión de 15 a 25 años), el tipo agravado del art. 139.2 (prisión de 20 a 25 años) y el asesinato hiperagravado o asesinato especialmente grave del art. 140 (prisión permanente revisable).

3.1. Tipo básico de asesinato del art. 139.1

Artículo 139:

"1. Será castigado con la pena de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Con alevosía.

2º. Por precio, recompensa o promesa.

3º. Con ensañamiento, aumentando delibera e inhumanamente el dolor del ofendido.

4º. Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra".

Como única novedad nos encontramos con la añadida circunstancia 4º que convierte el homicidio en asesinato.

Si bien en el CP de 1995 se suprimieron como circunstancias la premeditación y la inundación, incendio, veneno y explosivo, en la reforma que comentamos se añade ahora ésta.

Los trabajos prelegislativos llegaron a manejar borradores de texto sobre el nuevo delito de asesinato que contenían varias circunstancias cualificadoras, tales como: abusar de la confianza de la víctima; uso de medios que creen también un peligro relevante para la vida o integridad física de otras personas; finalidad de despertar o satisfacer sus instintos sexuales; por codicia o por otros móviles abyectos; y para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra, que ha sido finalmente la única que ha pasado al Código. Afortunadamente el legislador se apartó de dicha amplia redacción, que se halla inspirada en el parágrafo 211 del Código alemán, manteniendo solo la circunstancia cuarta.

Sobre la inspiración de la reforma en el modelo alemán se muestran abiertamente críticos ALVAREZ GARCÍA Y VENTURA PUSCHEL¹¹. Señalan que se trata de un modelo de regulación ac-

⁸ Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015. Ed. Thompson Reuters Aranzadi, 2015, pág 116.

⁹ CÁMARA ARROYO, S. "La más criminal de las políticas: La revisión permanente de la prisión, el asesinato del Título del homicidio, supresión de las faltas y blindaje político (notas críticas sobre la reforma penal en España)", La Ley Penal, Nº 116, Septiembre-Octubre 2015.

¹⁰ ALVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PUSCHEL, A; Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial. XV Delitos contra la vida humana independiente, Ed. Aranzadi. 1ª Ed. Abril 2015.

¹¹ ALVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PUSCHEL, A; Comentario a la reforma penal de 2015, Parte especial. XV Delitos contra la vida humana independiente, Ed. Aranzadi. 1ª Ed. Abril 2015.

Señalan en sus críticas estos autores: "Un modelo de incriminación que, según se reconoce públicamente en los ámbitos académicos y políticos alemanes, resulta, cuando menos, obsoleto si no directamente censurable por anacrónico en tanto que residenciado en los tiempos del nacionalsocialismo alemán, y, por ende, propio de un modelo de incriminación ajustado al llamado "Derecho penal de autor".

En efecto, basta una somera aproximación histórica a la incriminación de los delitos contra la vida en el Código Penal alemán para comprobar, ciertamente que con sorpresa, cómo ha sobrevivido en el ordenamiento penal alemán una incriminación del

tualmente obsoleto en Alemania, con visos de ser reformado y próximo al derecho penal de autor por hallarse anclado a la intención del sujeto activo.

El precepto exige la finalidad exclusiva de facilitar o evitar que se descubra un delito, sin efectuar distinción alguna entre delitos graves, menos graves y leves.

Se muestra crítico CÁMARA ARROYO¹² al señalar que no parece proporcional castigar como reo de asesinato a quien mata para ocultar o facilitar “otro delito”, independientemente de la gravedad del mismo.

Señala CADENA SERRANO¹³ que la esencia o razón de la innovadora agravación se encuentra en la insopportable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. Desde esa consideración resulta correcto que no se distinga según la gravedad de los delitos ocultados o facilitados con la muerte. En esa línea tiene sentido no circunscribir el asesinato al propósito de cometer u ocultar un delito grave. Incluso podría hallarse idéntica razón -si no mayor- en la ocultación o comisión de un ilícito administrativo o de otra índole.

Ahora bien, no alcanzo a ver el mayor reproche que merece la muerte causada para facilitar u ocultar un delito que la causada por distinto motivo o sin motivo alguno, v.gr.: por el placer de matar del sujeto activo a una víctima cualquiera.

Para DEL VALLE SIERRA LÓPEZ¹⁴ esta nueva circunstancia convierte el asesinato en un delito complejo, en el que nos encontramos ante un delito de homicidio y otro delito en conexión.

PERALTA¹⁵ denomina esta circunstancia como “homicidio criminis causae” y distingue a este respecto tres especies: a) el homicidio que se realiza “por no haber logrado el fin propuesto al intentar el (otro) delito”; b) el que se lleva a cabo “para preparar, facilitar, consumar o para asegurar” los resultados de otro delito, y c) el que se comete con el objetivo de “procurar la impunidad para sí o para otro” o con el fin de “ocultar otro delito”. Critica que el precepto puede significar una vuelta indeseada al Derecho penal de autor, en tanto en cuanto parece

asesinato y del homicidio que, con la sola modificación de la pena prevista para dichos delitos, proviene de la reforma introducida el 15 de septiembre de 1941. Hasta esa fecha, y desde su origen en Mayo de 1871, se definía el asesinato en el 211, exclusivamente, como la conducta de dar dolosamente muerte a otro concurriendo premeditación, conducta que se sancionaba con la pena de muerte. En septiembre de 1941, en pleno apogeo del nazismo, se opera la ante citada reforma, que arrumba con el llamado modelo liberal, e introduce una específica consideración, no de una modalidad agravada de homicidio, sino de un perfil, el perfil de “asesino”, asociado a los “bajos instintos” o la “perfidia” (recuérdense los móviles “abyectos o fútiles” de los que hablaba nuestro non nato Proyecto de Código Penal de 1980) en referencia a una tipología de personas moralmente inaceptables (bajeza moral) y no a las circunstancias -objetivas y/o subjetivas- que determinan que un comportamiento sea considerado asesinato. Dicha regulación se mantiene inalterada hasta la actualidad, con la sola modificación operada en la reforma de 1 de octubre de 1953 -que sustituye la pena de muerte por la pena de cadena perpetua- y la subsiguiente reforma de 1 de septiembre de 1969, que sustituye la pena de cadena perpetua por la pena de prisión permanente (expresamente declara constitucional por el Tribunal Constitucional alemán, so pretexto de su carácter revisable, inexcusablemente a partir del décimo quinto año de cumplimiento de condena; BverfGE 45, 187).

Ciertamente, no han sido pocas las voces que a lo largo de los años han clamado en Alemania por el destierro de su Ordenamiento -y de su jurisprudencia- de cualquier vestigio de la época del nacionalsocialismo alemán. Por lo que atañe específicamente a la incriminación del asesinato, bien para promover una “vuelta” al modelo liberal de 1871 (véase, por ejemplo, en el ámbito de la academia la opinión de Gerhard Wolf), bien, optando por proponer un modelo de incriminación que aboga, como hace la reciente propuesta del Consejo general de la Abogacía alemana (DAV), por destipificar el asesinato y proponer una tipificación absolutamente abierta del homicidio, con una pena mínima de cinco años de prisión y una pena máxima de prisión permanente revisable. Son sin duda propuestas extremas, que deben incardinarse en la proverbial discusión en el ámbito alemán, entre los partidarios de la consideración del asesinato como una modalidad agravada de homicidio (posición esencialmente mayoritaria en la doctrina alemana) y la de aquellos que patrocinan la consideración autónoma del delito de asesinato (posición esencialmente patrocinada por la jurisprudencia)”.

¹² Ob. Cit, pág. 14.

¹³ Ob. Cit, pág. 9. Dice el citado Fiscal que “podría hablarse de la insopportable levedad del ser humano para quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor”.

¹⁴ DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, Mª. «Homicidio y asesinato: las modificaciones previstas en las últimas reformas legislativas (el Proyecto de Reforma del Código penal de 20 de septiembre de 2013)», en Derecho y Proceso penal, nº 33, 2014, p. 154.

¹⁵ PERALTA, Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Madrid, 2012, 301. Citado por ALVAREZ GARCÍA, F.J. y VENTURA PUSCHEL, A, Ob. Cit.

castigarse el plan subjetivo del autor con carácter anticipado. Las dos últimas modalidades son las que se recogen -si bien parcialmente- en nuestra legislación tras la reforma.

Esta modalidad de asesinato entrará en concurso de delitos, no de normas del art. 8 CP, con el delito que se favorece (en principio se tratará de un concurso medial) o que se oculta (modalidad de concurso real). Es decir, el delito fin o el encubierto no quedan absorbidos por el asesinato sino que serán penados con independencia del mismo y en la correspondiente figura concursal.

Para LUZÓN CUESTA¹⁶ la expresión “facilitar la comisión de otro delito” es más amplia que la empleada en el concurso medial del art. 77 (“medio necesario”), lo que parece incluir supuestos en que el asesinato se comete para preparar o asegurar la comisión de otro delito, aunque no sea estrictamente necesario o ineludible por parte de su autor. De ese modo parece abrir la puerta a la posible existencia, junto al concurso medial, supuesto frecuente, de un concurso real cuando la muerte no sea necesaria para facilitar el segundo delito.

No existe en estos supuestos un problema de bis in idem. Si los habrá con frecuencia de prueba, pues la finalidad que guía la acción de dar muerte se erige en circunstancia que tipifica el asesinato, siendo así que exigirá una relación clara y directa entre la muerte y el delito fin o la ocultación del delito encubierto. Así, por vía de ejemplo, quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del art. 1391.4^a. De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo -consumado o en tentativa-. Si, al margen del asesinato, no se despliegan otros actos de ejecución del robo, tan solo se castigará por asesinato. Ciento que el hecho de dar muerte para robar ya es un acto de ejecución del robo, pero para que pueda apreciarse el concurso asesinato-robo se exige que existan, además de los actos de ejecución propios del asesinato, otros propios del delito contra la propiedad.

El asesinato se consuma producido el resultado letal, con independencia del grado de ejecución del delito fin o de que se haya o no logrado la impunidad del delito encubierto. Como indica CADENA SERRANO¹⁷ la expresión típica se refiere a la realización de la muerte dolosa de una persona “para” facilitar la comisión de otro delito o “para” evitar que se descubra. Es decir, la preposición finalística parece sugerir que basta con la privación dolosa de la vida realizada con esos propósitos o finalidades, aunque no se consiga o consumar el delito fin o lograr la impunidad del delito que quiera encubrirse.

No obstante, existe un límite temporal para aplicar el asesinato: cuando la acción de dar muerte se ejecuta el delito fin no podrá haber alcanzado ya el grado de consumación. En tal caso no puede venir en aplicación la circunstancia 4^a del art. 139.1, salvo que la muerte se produzca para lograr la impunidad del delito ya cometido.

En la realización de los actos de ejecución propios del delito fin no es necesario que tome materialmente parte el asesino, que responderá de autoría de asesinato (v.gr.: quien recibe el encargo de matar a una persona sabedor de que es para facilitar de ese modo la perpetración de un robo que se lleva a cabo por otros).

Se cometerá asimismo asesinato cuando sea para ocultar o lograr la impunidad de un delito con independencia de que el asesino haya sido o no partícipe en el mismo.

Se suscita en este punto si es posible aplicar el asesinato -o debe calificarse de homicidio- la conducta de quien mata para lograr la impunidad de un delito previo cuando hubiera sido cometido por alguno de los parientes a los que alcanza la excusa absolvatoria de encubrimiento recogida en el art. 454 CP. Podría pensarse que matar para ocultar el delito cometido por el

¹⁶ LUZÓN CUESTA, J.M (Con la colaboración de los Fiscales Alejandro y María LUZÓN CÁNOVAS), Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Ed Dykinson, noviembre 2015, Decimonovena edición. Pág. 34.

¹⁷ Ob. Cit, pag. 10

cónyuge o por un hijo constituye un delito de homicidio, sin que el plus de cualificación del art. 139.1.4^a pueda en este caso entrar en consideración y convertir el homicidio en asesinato en virtud del art. 454 CP, que exime de pena el encubrimiento entre parientes, y sin que, por ello, quepa añadir de modo agravatorio esa circunstancia a la muerte causada. La finalidad de ocultamiento no es contemplada por el Código como un desvalor añadido a la acción cuando se produce entre estos familiares. De la misma opinión es CAMARA ARROYO¹⁸ quien concluye gráficamente que pensar que un homicidio cometido por unos padres, intentando encubrir un delito cometido por su hijo, pueda pasar a convertirse en un asesinato instantáneamente no guarda demasiada lógica con el sentir general de la norma.

3.2. Asesinato agravado del art. 139.2 por la concurrencia de varias circunstancias

El art. 139. 2 dispone: “Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena en su mitad superior”.

No existe novedad alguna en este tipo.

La pena que para estos casos se establecía en el derogado art. 140 (20 a 25 años) es la misma que recoge el art. 139.2, si bien ahora bajo la fórmula de establecer la pena del tipo básico “en su mitad superior”.

La concurrencia de una tercera circunstancia no tendrá otro efecto que el de poder ser valorada en la individualización de la pena.

3.3. Asesinatos especialmente graves del art. 140.1

El art. 140.1 dispone: “*El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:*

1^a. Que la víctima sea menor de 16 años, o se trate de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad física o mental.

2^a. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

3^a. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización o grupo criminal”.

Como presupuesto para la aplicación del art. 140.1 se exige la concurrencia de asesinato, es decir de alguna de las cuatro circunstancias del art. 139.1, pues en ausencia de éstas la calificación procedente será la de homicidio agravado del art. 138.2.a).

Analizamos las diferentes agravaciones que, como ya se expresó, son comunes al delito de homicidio.

3.3.1. Asesinato especialmente grave por razón de la víctima:

Exige el precepto: *Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.*

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ¹⁹ advierte que los términos de comparación entre el círculo de personas incluidas en la agravación no son homogéneos valorativamente. Se muestran críticos

¹⁸ Ob cit, pág 14

¹⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Obra dirigida por GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. 2^a Ed. Pág. 469. Señala: “nada tiene que ver en cuenta a su posible vulnerabilidad un chico de quince años con un oligofrénico profundo o con alguien paralizado a causa de una gran invalidez. Por otra parte, es muy discutible que la muerte de un menor de dieciséis años o de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad sea de mayor gravedad que la de otras personas (esa es la conclusión a que se llega si se exaspera la pena). Si lo que se pretendía era castigar en mayor medida la muerte alevosa, ya existía y sigue existiendo el delito de asesinato. Precisamente, la nueva regulación va a plantear problemas concursales evidentes en relación con el delito de asesinato cometido mediante alevosía”.

con la elección de la edad de 16 años ALVAREZ GARCÍA y VENTURA PUSCHEL²⁰ al señalar que en el ordenamiento jurídico español existe una gran confusión alrededor de los límites de edad, que se viene a incrementar con esta nueva referencia. A su vez BOLDÓ²¹ refiere que el legislador omite proteger a otros colectivos merecedores de especial protección como son los ancianos y sugiere que se adopte como edad la de 65 años que es el que la normativa de la UE recoge en el concepto de maltrato, reconociendo por lo tanto su especial vulnerabilidad a partir de esa edad; critica la existencia de un vacío legal en relación a los mayores de 16 años y menores de 18 años, vacío legal que se evidencia cuando el legislador hacer una especial mención a esa franja de edad en los delitos contra la libertad sexual (art 182 del CP); e igualmente indica que lo cierto es que la edad pasa a ser *per se* lo que hace a la persona especialmente vulnerable sin tener en cuenta la capacidad volitiva e intelectiva del mismo, o, lo que sería lo mismo, sin que en esos casos se pueda analizar si la edad era una circunstancia que hacía especialmente vulnerable a la víctima.

El apartado 1.1º del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía que inciden en la aplicación del homicidio agravado o del asesinato común o agravado.

Muchos de los supuestos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos pueden serlo. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que ahora analizamos. El homicidio agravado por razón de la víctima ha de tener su campo propio: aquel en el que no exista ataque alevoso.

Es claro que habrá supuestos en los que pese a tratarse de una persona menor de 16 años o una persona vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. En tal caso será de aplicación el homicidio agravado del art. 138.2. b). Basta pensar, a modo de ejemplo, en el ataque y muerte a una persona de 15 años que fue perfectamente capaz de desplegar su defensa.

En muchos otros supuestos, si por la edad de la víctima (niños de corta edad) o por su enfermedad o discapacidad física o mental, el sujeto activo despliega una acción alevosa nos hallaremos ante la figura del tipo básico de asesinato (art. 139.1.1º). Y no cabrá, además, apreciar el asesinato especialmente grave del art. 140.1.1º en la medida en que las condiciones de la víctima hayan sido las mismas empleadas para apreciar la alevosía. Lo impide el principio de doble valoración.

Únicamente cuando a la alevosía se añadan circunstancias del apartado 1º del art. 140 no contempladas para calificar el ataque como alevoso será posible su compatibilidad. Así, el ataque por la espalda de un menor de 15 años se calificará de asesinato alevoso del art. 138 .1 (el ataque por la espalda integra la alevosía) y especialmente grave del art. 140.1.1º (por ser la víctima un menor) y llevará aparejada pena de prisión permanente revisable.

En casos de muerte de un ser desvalido que supongan por si alevosía, el posible concurso de normas se habrá de resolver a favor de la aplicación preferente del asesinato alevoso (139.1.1º con prisión de 15 a 25 años) respecto del homicidio agravado por las circunstancias de la víctima (138.2.a) con prisión de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses), por aplicación de las reglas de especialidad y alternatividad (art. 8. reglas 1 y 4).

Estimo, no obstante, que la nueva regulación podría permitir a la jurisprudencia un cambio en la actual interpretación automática de la alevosía y adecuar así la extensa concepción de la

²⁰ Ob. Cit. Indican estos autores que son variados los nuevos límites de edad introducidos por la reforma 1/2015: la protección en el estupro-engañeo abarca de los 16 a los 18 años; la edad de consentimiento sexual se eleva a los 16 años, la prostitución de menores toma como referencia los 18 años (aunque en el caso de los menores de 16 años la pena resultará agravada), se prohíbe a los menores de 18 años su participación en espectáculos exhibicionistas tanto públicos como privados (es decir: se pueden mantener relaciones sexuales completas con una persona de 16 años, pero si se la solicita que, además, protagonice un espectáculo exhibicionista privado con la misma persona o personas con las que mantiene relaciones sexuales, la conducta estará sancionada), etc. Obviamente, concluyen, este "baile de edades" no es admisible y a lo único que conduce es a dislates valorativos.

²¹ BOLDÓ Gabriela. La reforma del código penal en las figuras del homicidio y del asesinato; en concreto, la circunstancia del art 140.1 del CP. Revista de Derecho vLex - Núm. 138, Noviembre 2015. <http://vlex.com/vid/587868975>

alevosía para reducirla a aquellos supuestos en los que la víctima, de por si indefensa, es elegida por el autor precisamente por la facilidad en la ejecución. Solo serían alevosos los ataques en los que, existiendo una víctima indefensa, el autor haya cometido el hecho “empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. Por tanto, si la elección de la víctima (o de la forma de ataque) obedece a que, de entre varias alternativas, se elige precisamente a la persona que presenta una especial minusvalía, incapacidad, condición física o edad que garantice así la falta de resistencia, en estos casos, el modo de ejecución libremente elegido por el agente es, o debe ser, considerado alevoso. Por el contrario, cuando el autor no puede elegir ni la víctima ni el medio empleado en el ataque, de suerte que su plan delictivo es ajeno a la búsqueda de la falta de defensa que implica el ataque a un sujeto que presenta una especial minusvalía, incapacidad, condición física o edad, en estos supuestos no se daría propiamente alevosía y sí vendría en aplicación ahora el homicidio agravado del art. 138. 2. b) CP.

3.3.2. Asesinato especialmente grave por su relación con un delito contra la libertad sexual:

Exige el precepto: *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*

Existe, a mi juicio, un problema derivado del principio non bis in idem en la aplicación de esta modalidad de asesinato agravado: si en la muerte subsiguiente al delito contra la libertad sexual no concurriera más que la circunstancia 4^a del art. 139 (por no ser una muerte alevosa, ni por precio, recompensa o promesa, ni con ensañamiento) estimo que la calificación por asesinato del art. 139.1.4^a no permitiría, por bis in idem, aplicar además el asesinato especialmente agravado del art. 140.2^a (la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual ya se hallaría contemplada en el hecho de matar para evitar que se descubra otro delito).

El Grupo Popular presentó una enmienda²² al Proyecto de reforma del CP de 2010, para tipificar como asesinato la muerte de una persona tras su violación por el autor de dicha agresión sexual. Ahora bien, el texto del precepto no ha quedado circunscrito a esa conducta. No se acotan tales delitos de modo que la extensión a todos los delitos contra la libertad sexual incluirá como asesinato (o en su caso homicidio agravado) la muerte subsiguiente a abusos o acosos sexuales. Se ha criticado que la pena por la acción de matar sería la misma para quien mata después de violar que para quien lo hace tras unos menos graves tocamientos.

Los homicidios o asesinatos agravados por esta circunstancia no absorben la pena que corresponda por el delito contra la libertad sexual, a penar por las reglas del concurso real.

Se ha dicho con razón que no se comprende fácilmente por qué, en el contexto de la ejecución de un delito contra la libertad sexual, se considera de especial gravedad la producción de la muerte de la víctima de dicho delito que es “subsiguiente” a su comisión y no la “simultánea” a la misma y ejecutada como forma de encontrar satisfacción sexual con el desarrollo de la propia conducta homicida.

Se pregunta SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ²³ por qué hay homicidio agravado cuando constituye un hecho subsiguiente a un delito contra la libertad sexual y no lo hay cuando es otro el delito precedente. Podría haberse considerado cualquier otro delito atentatorio a intereses personalísimos de la víctima sin necesidad de restringirlo precisamente a los delitos sexuales (p. ej. un delito contra la libertad como la detención ilegal o el secuestro o un delito contra la integridad moral, etc.).

3.3.3. Asesinato especialmente grave por pertenencia a organización o grupo criminal:

Exige el precepto: *Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización o grupo criminal.*

²² Enmienda nº 390 presentada por el Grupo Popular en 2010 al Proyecto de Reforma del CP.

²³ Ob. Cit, pág. 470.

ALVAREZ GARCÍA y VENTURA PUSCHEL²⁴ acotan el ámbito de aplicación de esta agravación señalando, con razón, que el sujeto activo debe cometer el delito “como miembro de esa organización”, es decir en el ámbito propio de las actividades de la organización a la que pertenece. Si lo hiciera, pese a ser miembro de la organización, como “particular” decaería el fundamento de la agravación.

En igual sentido MANZANARES SAMANIEGO²⁵ para quien el grupo u organización criminal ha de ser el marco en el que se desarrolle la actividad delictiva. CADENA SERRANO²⁶ indica que debería precisarse que se castiga el delito de asesinato cometido por quien pertenezca a organización o grupo criminal “siempre que el mismo sea de aquellos que guardan relación con la finalidad u objetivos de la referida organización o grupo criminal”. En este sentido, la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se refería a la concurrencia de esta agravación en los supuestos de “asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal” y no simplemente a su comisión de los asesinatos por uno de sus integrantes.

Estamos, por tanto, ante un subtipo agravado por la pertenencia de su autor a una organización o grupo criminal, siempre que la muerte guarde relación con dicha organización o grupo.

Nuevamente el subtipo suscita problemas concursales. La calificación por asesinato agravado por pertenencia a organización o grupo (castigado con prisión permanente revisable) absorbe el delito de pertenencia, en virtud del criterio de alternatividad del art. 8. 4º al que se remite el artículo 570 quáter, 2, párrafo segundo CP²⁷. Dicha pena es más grave que la resultante de aplicar un concurso real entre el tipo básico de asesinato del artículo 139 CP y el delito de organización o grupo criminal.

En el homicidio la pena prevista en el subtipo del artículo 138.2.a) (15 años y 1 día a 22 años y 6 meses) deberá compararse con la procedente de aplicar el concurso real entre el homicidio simple y los delitos de organización o grupo criminal. En casos de grupo criminal la pena más grave será la del art. 138.2.a) CP. En casos de organización dependerá de las circunstancias que resulten aplicables del art. 570 bis, por lo que en muchos supuestos habrá de apreciarse el concurso como calificación más grave.

3.4. Asesinatos en serie del art. 140.2

Establece el nuevo art. 140.2: “Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá la pena de prisión permanente revisable. En tal caso, será de aplicación, lo dispuesto en los artículos 78.bis 1.b y 78.bis 2.b del CP”.

La lectura del supuesto de hecho contemplado en el precepto no permite fijar con claridad su ámbito típico. De hecho, el informe del CGPJ²⁸ al Anteproyecto ya advirtió de dicho defecto: “el art. 140.2 CP adolece de una imprecisión que debería ser corregida, pues los términos en los que aparece redactado dan lugar a diversas interpretaciones. Parece que en atención a la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece, debería entenderse que cada una de las condenas por la muerte de las distintas personas deberán ser, individualmente, un asesinato y que las condenas por las diversas muertes, han de establecerse en la misma sentencia. Sin embargo la redacción del precepto permite otras interpretaciones, como por ejemplo que bastaría que solo una de las muertes sea asesinato, que resultarían desproporcionadas con la excepcional pena que establece. Razón por la cual la redacción debería ser más precisa”.

²⁴ Ob cit.

²⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. La reforma del Código Penal de 2015. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. Ed. La Ley. Madrid, 1ª edición, junio 2015. Pág. 159.

²⁶ Ob cit. Pág. 12

²⁷ Establece el referido precepto: “Cuando las conductas previstas en estos artículos estuvieren comprendidas en otros preceptos del CP, será de aplicación la regla cuarta del artículo 8 CP.”

²⁸ Informe del CGPJ de fecha 16 de enero de 2013 al Anteproyecto, pág. 153.

Igualmente el Consejo Fiscal²⁹ en su informe señaló que “parece existir una contradicción entre su contenido y la Exposición de Motivos, ya que en la misma se indica que se refiere a los asesinatos reiterados o cometidos en serie, lo que implica la muerte de dos o más personas, mientras que el precepto alude a la muerte de más de dos personas”.

No tuvieron efecto tales advertencias en el texto del precepto y si en el Preámbulo de la Ley que ya solo alude a la novedad que supone el castigo de “los asesinatos reiterados o cometidos en serie”.

La redacción del art. 140.2 suscita demasiados interrogantes que analizamos:

a) Ha de existir un número determinado de muertes. ¿Cuántas?

En principio parece que “más de dos”, es decir tres o más. Ahora bien, cabría también entender que se refiere a un total mínimo de 4 muertes, ya que castiga al reo de asesinato (una muerte) que *hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas* (tres muertes precedentes).

Me inclino por considerar que la prisión permanente revisable del art. 140.2 se impondrá en el caso de la tercera muerte, es decir al reo de asesinato condenado por la “muerte de más de dos”.

b) La expresión muerte ¿ha de entenderse siempre dolosa?

Estimo que sí. No cabe computar las muertes por imprudencia. El fenómeno que contempla el artículo que comentamos es el del asesino en serie, lo que presupone dolo.

c) Por “muerte” ¿ha de entenderse solo aquella constitutiva de asesinato o también integran el delito los homicidios dolosos?

Nuevamente la cuestión queda sin precisar en el precepto. A mi juicio solo será aplicable el art. 140.2 al autor de tres asesinatos. A favor de circunscribir las muertes a delitos de asesinato cabe arguir: que la gravedad de la pena y el especial agravamiento del régimen de cumplimiento que establece el art. 140.2 debe relacionarse con la inexistencia de modalidades de homicidio castigadas con mayor pena que el tipo básico de asesinato; que el Preámbulo se refiere a los “asesinatos” en serie; y que una interpretación distinta y más amplia sería contra reo.

En cualquier caso la solución se torna un tanto aleatoria en la práctica. Basta pensar en que se cometan dos muertes para facilitar o para ocultar un asesinato. En este caso, las dos muertes, conforme a lo dispuesto en el art. 139.4 CP, serán asesinatos y, al concurrir con el otro asesinato -ya cometido antes y que se quiere ocultar o cuya comisión posterior se facilitó- sería de aplicación el art. 140.2. Ahora bien, dicho precepto no sería aplicable en casos no exactos pero de muy parecida gravedad: se causa una muerte (que sería asesinato por el art. 139.4) para facilitar dos muertes subsiguientes, bastando que una de ellas no fueran calificada de asesinato sino de homicidio para no poder aplicar el art. 140.2.

Ciertamente son posibles otras interpretaciones:

Una interpretación literal del art. 140.2 exigiría asesinato (*al reo de asesinato*) en una de las muertes, la tercera, y bastaría homicidio en las precedentes (*que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas*).

Como quiera que resulta absurda esa exigencia cronológica cabría entender, en otra posible interpretación, que el tipo penal precisa de tres o más muertes dolosas bastando con que una, con independencia de su orden cronológico, sea constitutiva de asesinato. Se aplicaría el art. 140.2 al responsable al menos de un asesinato y dos homicidios.

²⁹ Informe del Consejo Fiscal de fecha 20 de diciembre de 2012, pág. 128.

d) Los diversos delitos ¿han de haber sido objeto del mismo procedimiento y única sentencia o cabe que lo sean en procedimientos distintos?

Entiendo posible que el enjuiciamiento y condena de los diversos delitos se hayan producido en distintos procedimientos. No creo que razones -absolutamente discretionales o incluso aleatorias- tales como la aplicación o no de las normas de conexidad o el momento de descubrimiento de las pruebas de cada uno de los hechos delictivos, pueda ser razón válida para aplicar o no el art. 140.2.

Enlaza esta cuestión con el tratamiento de la conexidad en los distintos delitos que se integran en el asesinato en serie del art. 140.2 CP.

Las reglas de conexidad se han visto modificadas -muy suavizadas- tras la reforma de los arts. 17 y ss LECrim operada por 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*. La nueva regulación de la conexidad -más restrictiva en el concepto de delitos conexos y favorable a permitir su enjuiciamiento por separado- es un claro argumento que milita a favor de la no exigencia de que los distintos delitos que integran el art. 140.2 hayan sido enjuiciados en un mismo procedimiento³⁰.

Por ello, ante tal flexibilidad en las reglas que disciplinan la conexidad delictiva, entiendo que la aplicación del art. 140.2 no puede hacerse depender del hecho de que los distintos delitos en serie hayan sido enjuiciados en el mismo procedimiento. Cabe que hayan sido enjuiciados en distintos procedimientos.

Y tampoco es exigible que habiendo sido enjuiciados en procedimientos distintos, hubieran podido serlo en el mismo o sean acumulables las penas. Basta pensar en un ejemplo: en el tercer asesinato cometido tras la condena por los dos primeros sigue siendo aplicable el art. 140.2 CP.

Por tanto no es exigible que sean asesinatos enjuiciados un mismo proceso o que hubieran podido ser enjuiciados conjuntamente, ni que sea posible la acumulación del art. 988 LECrim.

En conclusión de los anteriores interrogantes, entiendo que el art. 140.2 recoge el castigo del *asesino en serie* y ello exige: la comisión de tres o más asesinatos, cometidos por el mismo sujeto activo, siendo posible que dichos delitos hayan sido enjuiciados en la misma o en distintas causas penales y sean o no acumulables vía art. 988 LECrim.

La pena por el tercer asesinato será la de prisión permanente revisable. Los asesinatos previos se castigarán conforme a los arts. 139 y 140 con sus respectivas penas, sin que queden absorbidos en el art. 140.2. De lo contrario carecería de sentido la remisión del art. 140.2 al art. 78 CP que pretende en caso de concurrencia de la prisión permanente revisable con otras penas endurecer el acceso al tercer grado o a la libertad condicional.

Por último la remisión al art. 78 bis.1.b) y 2.b) no abarca todas las posibilidades. Observa COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA³¹ que si el reo de asesinato es además condenado por otro

³⁰ La principal novedad de la reforma de la conexidad delictiva radica en la supresión de la conexidad del antiguo art. 17.5 (delitos cometidos por la misma persona que tengan analogía o relación entre sí y no hubieran sido hasta entonces sentenciados). La regla general será, al no ser delitos conexos, su enjuiciamiento por separado a tenor del art. 17.1 que recoge la fórmula del derogado art. 300 "Cada delito dará lugar a la formación de una única causa". No obstante, pese a no ser conexos, se permite, a tenor del art. 17.3, que puedan ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Fiscal, "si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso".

Otra de las novedades consiste en que los delitos que si son conexos (entre los que nos importan, a efectos del asesinato en serie, los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución y los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos) se enjuician como regla general en la misma causa, pero también podrán enjuiciarse separadamente cuando el enjuiciamiento conjunto suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

No cabe duda de que llevar al conocimiento del Tribunal del Jurado un objeto procesal muy complejo -consistente en varios asesinatos- es algo que ha pretendido impedir la regulación de la conexidad recogida en el art. 5 de la Ley del Jurado.

³¹ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel. Código Penal. Colex, 15^a edición, octubre 2015, pág. 417.

u otros dos delitos de asesinato castigados con prisión permanente revisable (estaría condenado a tres penas de prisión permanente revisable), no se justifica que se aplique la letra b) y no la c) del art. 78 bis 1 y 2.

4. Postestativa medida de libertad vigilada

Dispone el artículo 140 bis que “A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada”.

La imposición de la medida de libertad vigilada tiene carácter potestativo en todos los delitos de este Título “Del homicidio y sus formas”.

El CGPJ advirtió en su informe al anteproyecto que el artículo 140 bis contenía un error al referirse a los condenados por uno o más delitos de este *capítulo*, pues el Título I (“del homicidio y sus formas”) carece de capítulos. Se rectificó y ahora el precepto se refiere a Título. Pero se incluyen en el Título I también los delitos de homicidio imprudente y el auxilio e inducción al suicidio, respecto de los cuales, como señala SUAREZ-MIRA³² resulta disparatado pensar si quiera en la imposición de una medida de libertad vigilada.

Se ocupan de tal medida de seguridad no privativa de libertad los artículos 96 y 98 del Código Penal. Es aplicable a los imputables y se cumple después de la pena privativa de libertad. Su duración no superará los cinco años -art. 105- y tendrá el contenido que establece el art. 106 CP.

5. Novedades en la regulación de la prueba de ADN

Aunque la importancia de la prueba de ADN no es exclusiva de este tipo de delitos, las recientes novedades en su regulación merecen ser ahora comentadas.

Dos recientes reformas inciden en esta materia:

- La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido en el CP un nuevo artículo 129 bis con la siguiente redacción:

“Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo. Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”.

- Más recientemente la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*, en vigor desde el 6 de diciembre de 2015, si bien no ha regulado de modo general y sistemático las intervenciones corporales, en el renovado art. 520 LECrim incide en la posibilidad de emplear medios coercitivos sobre el detenido para la obtención mediante frotis bucal de la muestra indubitable para identificación por ADN.

³² Ob. Cit, pág 484.

La nueva redacción del art. 520. 6. c) de la LECrim señala entre el contenido de la asistencia Letrada:

“Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad”.

Se adelantan tales reformas a la previsión que contiene la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, *por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, que en su considerando 29 señala “El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no debe impedir a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN”*, lo que tiene reflejo en el art. 7 apartado 3: *“El ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo no impedirá a las autoridades competentes recabar las pruebas que puedan obtenerse legalmente mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos y que tengan una existencia independiente de la voluntad de los sospechosos o acusados”*.

Analizaremos, pues, las principales cuestiones novedosas.

5.1. El posible empleo de medios coercitivos para la toma indubitable de muestras del investigado o condenado

Los dos citados preceptos han venido a admitir, con ciertos límites, el empleo de medios coactivos para la obtención de muestras indubitadas de ADN, que había sido hasta ahora denegado por la jurisprudencia ante la ausencia de cobertura legal³³.

Esos medios coercitivos para recoger la muestra han de ser los mínimos indispensables, proporcionados y no atentatorios a la dignidad, lo que se reitera con igual fórmula en ambos preceptos como presupuesto para el empleo de tales medios.

Ahora bien, el art. 129 bis CP limita la coerción a los casos que regula, esto es a la obtención de muestras biológicas para ADN a los condenados por determinados delitos, entre los que se citan a los delitos de homicidio y asesinato. Acceden a la base de datos los condenados por un listado de delitos que ilógicamente resulta ser más restringido que el listado del art. 3 de la LO 10/2007 por los que cabe incluir en la base de datos a los sospechosos, detenidos o imputados.

Sin embargo, la posible interpretación restrictiva del art. 3 por su relación con el art. 129 bis ha quedado sin sentido tras la posterior entrada en vigor del art. 520. 6. c) LECrim que extiende

³³ La falta de una previsión legal expresa había motivado que la doctrina y la jurisprudencia fueran coincidentes en este punto. No era posible, pues, tomar una muestra del sujeto mediante el empleo de fuerza. En su sentencia 107/1985 el Tribunal Constitucional llegó a afirmar, en relación a un análisis de sangre que «nadie puede ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de ese tipo de análisis». El Tribunal Supremo en la STS de 4 de febrero de 2003, dispone: «según la opinión mayoritaria de la doctrina, avalada por decisiones del Tribunal Constitucional (SSTC 29 de noviembre de 1984 y 19 de febrero de 1992) no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado». Otras resoluciones en esta línea: respecto de las pruebas de alcoholémia, el Tribunal Supremo considera que una extracción de sangre exige necesariamente «el consentimiento del sujeto, es decir, que éste voluntariamente se preste a la extracción» (STS de 21 de junio de 1994). En idéntico sentido SSTC 161/1997 y 252/1994.

la posibilidad del uso de medios coercitivos a los detenidos sin límite por razón del delito objeto de la detención.

Una interpretación restrictiva del art. 129 bis y 520 impediría usar la fuerza más allá de los condenados o los detenidos, por tanto no cabría respecto de sospechosos o imputados (en la terminología del citado art. 3). Se trata de una limitación carente de sentido. La muestra ha de poder ser tomada mediante medios coercitivos siempre que se acuerde judicialmente su toma en ausencia de consentimiento del sujeto. No es lógico que puedan usarse medios coactivos con el detenido y no con el investigado sujeto a una instrucción y no detenido.

También una lectura restrictiva del art. 520 podría hacer erróneamente pensar que restringe el empleo de fuerza a que se trate de obtener la muestra solamente mediante la técnica del frotis bucal. Esa mención no se efectúa en el art. 129 bis CP. Pero sobre todo, no parece que el medio empleado pueda condicionar el uso de la fuerza siempre que se trate de medidas coercitivas que respeten el límite general de ser las mínimas indispensables, proporcionadas y no atentatorias a la dignidad. Es perfectamente posible pensar que lo que hoy constituye el medio común y frecuente de obtención de muestras indubitadas (frotis bucal) pueda ser mañana sustituido por algún otro medio distinto, más eficaz e incluso -si caben- menos invasivo.

Ahora bien, frente al criterio de los trabajos prelegislativos de 2011 Anteproyecto Caamaño de LECrim) y 2013 (borrador de Código Procesal Penal) que regulaban con una vocación general el empleo de medios coercitivos en las distintas clases de intervenciones corporales, los dos citados preceptos admiten el uso de fuerza solo para la obtención de muestras de ADN.

Finalmente, estimo que la previsión de medios coercitivos no alcanza más allá de la jurisdicción penal. En el plano civil (pruebas de paternidad) el artículo 767.4 LECiv supone un obstáculo para estimar posible en dicha jurisdicción el uso de fuerza. Ante la negativa del demandado a someterse a la prueba de paternidad arbitra una presunción y no contempla la imposición coactiva de la prueba.

5.2. El acceso de condenados a la base de datos de ADN

Por otra parte, la novedad del art. 129 bis estriba en regular, a modo de complemento del art. 3 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, *reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, el posible acceso a la base de datos de los condenados por estos delitos.

Se trata, en todo caso, de un sistema compatible con el regulado en el art. 3, de tal modo que es posible mantener la inscripción de perfiles de ADN de sospechosos e imputados y, al mismo tiempo, incrementar el número de reseñas con los perfiles de los condenados.

Llama la atención que la lista de delitos que recoge el art. 129 bis para permitir el acceso a la base de perfiles de los condenados en sentencia firme sea más restrictiva que la lista de delitos que establece el art. 3 de la LO 10/2007 para que accedan los sospechosos, detenidos o imputados. Carece de lógica que la restricción opere respecto de los condenados. El art. 129 bis CP lo restringe a los delitos graves y exige que pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. Sin embargo el art. 3 de la citada Ley no establece esos requisitos, pese a que la inclusión en la base del perfil del ADN de "sospechosos, detenidos o imputados", cuando luego resulten condenados, se mantendrá en la citada base a tenor del art. 9 que regula la cancelación de tales inscripciones.

5.3. Momento procesal para la impugnación de la toma de muestra indubitada

Finalmente, existe una última cuestión que estimo ahora de interés abordar por su importancia práctica y por la existencia de recientes pronunciamientos jurisprudenciales.

Es frecuente que al ser descubierto el delito de homicidio o asesinato, mediante un match en la base, la toma de muestras indubitable se le haya efectuado al detenido en otra causa distinta incluso varios años antes.

La queja en el procedimiento por homicidio o asesinato acerca de la validez de la prueba de ADN por defectos en la toma de muestras indubitable (ausencia de consentimiento, no asistencia letrada, improcedencia de la toma al tratarse de hechos no incluidos en el art. 3, etc) genera la posible necesidad de práctica de prueba y de ahí se extraen consecuencias acerca del momento procesal en que dicha queja ha de ser efectuada.

Sobre el momento procesal para cuestionar la validez de la muestra indubitable incluida en la base de datos se ha pronunciado el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 que dispone:

“ÚNICO PUNTO:

PRIMERO: Si la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia del Letrado cuando el imputado se encuentre detenido

SEGUNDO: Si es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral.

ACUERDO:

La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción”.

Resulta interesante la STS nº 794/2015, de 3 de diciembre, que analiza la queja del recurrente, condenado por la AP por un delito de violación a 9 años de prisión, que recurrió en casación a fin de interesar que se declarara la nulidad de la prueba de ADN alegando ausencia de consentimiento del muestreado y aportando en la fase intermedia del sumario un documento de consentimiento informado para toma de muestras practicada en otra causa distinta y anterior por robo que, sin estar firmado por el detenido y si por el Letrado, consignaba una X en la casilla del NO consentimiento. El TS desestima el motivo al señalar que “la toma de muestras para la obtención de ADN en presencia de Letrado, cuestionada en fase intermedia por la defensa que alega falta de consentimiento, es necesario que conste de forma nítida, firme e inegable. Ello se refuerza a la vista de la reforma introducida por la LO 13/2015, 5 de octubre, que ha dado nueva redacción al art. 520 de la LECrim. (...) La lectura del renovado art. 520.6º de la LECrim permite afirmar que el legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad, amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis del CP. De ahí que cobre especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas –cuando ya es inviable el contraste- basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado. Sobre todo, si lo fue ante Letrado que, en el legítimo ejercicio del derecho de asistencia letrada, no consi-

derá oportuno reflejar una protesta formal en el acta mediante el que se documentó esa diligencia de investigación.

Y eso es precisamente lo que sucedió en el presente caso. De ahí que la estrategia defensiva basada en la aportación extemporánea de un confuso acta de toma de muestras, ya en fase intermedia de un proceso ordinario, cuando el juicio oral ha sido abierto por la Audiencia Provincial, no puede ser admitida por esta Sala como demostrativa de una vulneración del derecho fundamental a la intimidad”.

Tras invocar el antes referido Acuerdo del Pleno acerca del momento procesal para impugnar la toma de muestras, continúa señalando la sentencia que: “La lógica de ello radica en que ha de cuestionarse en fase de instrucción y no en fase intermedia, en la que no cabe prueba, para que se pueda llegar -mediante la citación de los agentes que tomaron la muestra o mediante la recepción completa de los autos seguidos por el delito por el que la muestra se tomó- a conocerse los pormenores y circunstancias de dicha toma de muestras. Además, en caso de cuestionamiento de la muestra indubitada podría el Juez Instructor ante el que se cuestionara la pericial de ADN acordar la toma al imputado o procesado de una nueva muestra indubitada sobre la que practicar la prueba. Cuando el acusado incluye la impugnación de la muestra indubitada en un momento procesal extemporáneo, suscita una mera duda que impide al propio tiempo despejar, acerca de la pericial, bajo la pretensión de que tal duda determine la nulidad de una pericial de ADN, que en momento alguno antes no ha sido impugnada en este extremo de la muestra indubitada”.

La STS nº 948/2013, de 10 de diciembre, anuló el juicio y señaló -en un supuesto de solicitud temporánea de prueba de contraste que resultó reiteradamente denegada- “que la prueba derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de otra causa.

Sin embargo la prueba anterior no es suficiente cuando el acusado cuestione sus resultados y solicite expresamente, en uso de su derecho de defensa, la práctica de la prueba en el proceso actual, ofreciéndose para la toma de muestras. En este caso no se aprecia razón alguna para que la prueba de ADN, manifiestamente decisiva, no se practique en la causa enjuiciada, con todas las garantías, control judicial y participación de las partes, y sea sustituida por un contraste realizado sobre una toma de muestras procedente de otra causa, expresamente impugnado.

La doctrina constitucional considera que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar, es decir, en el caso actual, fundar exclusivamente la condena en la fiabilidad de los resultados del contraste realizado con la toma de muestras anterior, que se pretendía cuestionar por la defensa practicando una nueva prueba con muestras actuales, prueba que fue reiteradamente denegada”.

La STS nº 709/2013, de 10 de octubre, en línea con las anteriores indica: “Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación. Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el

significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción iuris tantum que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción.

Por tanto, esta Sala señala que efectivamente, el acusado puede impugnar o negar la validez del acceso a esa base de datos de esa reseña genética indubitable, el cual, como acabamos de señalar, con arreglo a la LO. 10/2007 de 8.10, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, solo puede tener lugar previo consentimiento del imputado con la correspondiente asistencia letrada o a falta de éste y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial.

Puede en consecuencia la defensa del imputado solicitar se traiga al proceso el expediente de incorporación de su reseña genética a esa Base de Datos de ADN de interés criminal (ADNIC). La presunción de veracidad existe, pero es un presunción “iuris tantum”, de forma que el imputado puede acreditar en el procedimiento la ilicitud del acceso de esa reseña genética indubitable a la indicada Base de datos -por ejemplo por no existir asistencia letrada en el consentimiento del imputado o por no existir, en su defecto, autorización judicial-”.

El nuevo delito de stalking del artículo 172 ter código penal

Pilar Martín Nájera

Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer

Resumen

El presente trabajo analiza una nueva figura de acoso predatorio o stalking que se introduce en el CP tras la reforma de LO 1/2015, con el fin de dar una respuesta penal adecuada a una serie de conductas heterogéneas que por su repetición son capaces de alterar la vida de otra persona pero que hasta este momento eran de difícil tipificación.

Se abordará la delimitación del concepto de stalking a través de sus orígenes, las diferentes posturas doctrinales, acercándonos a la regulación que de esta figura contemplan los diversos ordenamientos jurídicos tanto de corte anglosajón como los más próximos a nuestro entorno para, finalmente, introducirnos en el estudio del tipo penal tal y como ha sido incorporado al CP, sus elementos y modalidades comisivas, su relación con otros tipos delictivos y los problemas concursales que pueden plantearse.

1. Introducción. Precisiones conceptuales

El fenómeno del acoso no es algo nuevo, ha existido siempre y ha presentado diversas y muy variadas manifestaciones a lo largo de los tiempos, y, tampoco nos encontramos ante un término estrictamente jurídico pues se utiliza, además de en el ámbito del derecho, en el de la sociología, psicología, y las ciencias naturales. El estudio de la figura del acosador por parte principalmente de la psicología y criminología ha dado lugar a una amplia literatura sobre los diferentes perfiles que puede presentar que, con frecuencia, se asocian a personalidades obsesivas que suelen acompañar a esas personas, sin excluir en algunos casos la existencia de verdaderas enfermedades mentales.

Que el término acoso es versátil y usado para referirse a distintas realidades, se pone de relieve cuando utilizamos la misma palabra "acoso" para hablar de acoso sexual, pero también de acoso laboral, acoso escolar e incluso de acoso inmobiliario situaciones que describen comportamientos y escenarios muy heterogéneos y difíciles de englobar en una sola palabra.

Por ello y antes de abordar el tratamiento jurídico penal del acoso es necesario acercarnos a su concepto para delimitar los contornos de la conducta sobre cuya relevancia penal se va a discutir o profundizar lo que, por lo que hemos expuesto no es tarea fácil, y, más allá de afirmar con cierto reconocimiento general que se trata de una conducta de persecución intrusiva y reiterada hacia una persona que la rechaza, la complejidad y variedad de las conductas que abarca y en que se manifiesta provoca importantes debates y significativas discrepancias doctrinales que dificultan su concreción, hasta el punto de que muchas de las definiciones formuladas han sido criticadas precisamente porque adolecen de excesiva generalidad .

El término stalking con el que es conocido el acoso tiene un origen anglosajón, en cuanto procede del inglés antiguo, "stalk" que se refiere al seguimiento o acecho de los cazadores a sus presas, pero también tiene la acepción de caminar sigilosamente y en tal sentido se utilizaba "stalker" para referirse a los merodeadores.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acosar significa: 1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. 2. (...)3. Aprestar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos.

En general se entiende por acoso una conducta que consiste en la persecución ininterrumpida e intrusiva a un sujeto con el que se pretende iniciar o restablecer un contacto personal contra su voluntad. En psicología se utiliza el término acoso para referirse a un trastorno que sufren algunas personas y que las lleva a espiar a su víctima, vigilar su movimientos o realizar seguimientos por la calle, llamarla por teléfono, mandarle cartas, enviarle mensajes, SMS, o regalos, escribiendo su nombre en muros de zonas muy visibles o incluso amenazarla y cometer actos violentos contra ella. Asimismo, este trastorno puede deberse a una obsesión desarrollada hacia la víctima, ello ocurre en muchos casos de hostigamiento pero no necesariamente todos se derivan de una obsesión personal;

Unas veces se habla de acoso en términos coloquiales cuando alguien inoportuna a otra persona con repetidas e insistentes preguntas, pero normalmente el acoso hace referencia a una intromisión en la vida del otro contra su voluntad de forma insistente y tal conducta produce en la víctima una sensación de peligro o angustia.

Las formas de manifestarse son muy variadas, hasta con simples palabras¹, y pueden ser realizadas directamente por el acosador o valiéndose de otras personas, y utilizarse conjunta o sucesivamente, de manera que cada incidente puede ser igual al anterior o no: llamadas constantes, mensajes de voz o SMS directamente a la persona afectada o a su entorno más próximo, merodeo, seguimiento, encuentros repetidos no casuales, envío de regalos, pintadas en las proximidades de casa, mensajes en el coche, chantaje emocional, amenazas más o menos vedadas, pequeños daños en la cerradura del coche o en el portero automático, conducta lamentablemente frecuente en casos de ruptura sentimental no aceptada por el varón en que la mujer sufre este asedio no querido con el fin de conseguir reanudar la relación. Todo ello sin olvidar el control a través de internet y de las redes sociales que hoy en día se ha manifestado como un instrumento potente y muy adecuado para perseguir y ejercer una implacable vigilancia acoso, especialmente entre los jóvenes que utilizan esta vía como principal forma de comunicación y relación, que merece un mayor detenimiento al final del tema.

A pesar de las dificultades doctrinales para caracterizar y delimitar este fenómeno, creo que el núcleo que mejor define el acoso es una conducta que se entromete de forma repetitiva, sistemática y disruptiva en la vida de otra persona no querida por aquella y que provoca una sensación de inseguridad, riesgo o angustia, de la que surge el miedo que experimenta la víctima a que suceda algo desagradable a ella o a su familia y que acaba por lo común alterando la vida cotidiana de esa persona de forma importante.

Las conductas que integran ese comportamiento son, como se ha dicho variadas, complejas e impredecibles y el efecto acumulativo de ellas es que la víctima lo viva en un estado de intimidación e incluso sufrimiento psicológico².

Las dificultades para tipificar estas conductas, integradas por actos de muy variada índole y que pueden producirse en una amplia variedad de situaciones o relaciones, no siempre íntimas y además por múltiples y diversas motivaciones, estriba en que cada una de ellas, individualmente consideradas, pueden ser delictivos en sí mismos pero, con frecuencia, son actos inocuos, inofensivos hasta admitidos socialmente como integrantes de un comportamiento normal pero el problema radica en su repetición que es lo que carga de dañosidad a la conducta en cuanto ataque, agresión, grave molestia, en principio, desconectada de toda fuerza física pero que puede provocar miedo, angustia, temor a la víctima afectando a su libertad, tranquilidad e incluso a su salud mental.; pero entonces, ¿cuántos actos son necesarios? ¿cuándo se estima que tienen entidad suficiente para considerar que existe acoso? Se debe atender para su valoración a criterios objetivos o estándar o subjetivos, teniendo en cuenta la vivencia de la víctima? La respuesta que la doctrina en general da a estas preguntas evidencia la dificultad ya

¹ V. Garrido Genovés, *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*. Alzira, 2001, pág. 19.

² Villacampa Estiarte, Carolina. *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Ed. Iustel. Madrid, 2009.

señalada y la falta de consenso para delimitar sus contornos más allá de concluir que habrá que atender a la repetición, al carácter más o menos intrusivo y al efecto que provoca sobre la víctima que ha rechazado esos contactos.

Los autores, por otra parte, distinguen entre el acoso psicológico y el moral. La diferencia principal entre ambos, con independencia de otras connotaciones y matices, es la presencia o no de esa humillación o envilecimiento propios del ataque a la integridad moral, de manera que estaremos ante un supuesto de acoso moral cuando concurran los mismos, lo que, como señala la doctrina provoca en la víctima sensación de cosificación acompañada de sufrimientos humillantes, degradantes y envilecedores.

En la línea de perfilar esta figura debemos mencionar los resultados de las encuestas realizadas por *National Violence Against Women (NVAW) Survey*³, según los cuales, el acoso puede definirse como “*patrón de conducta dirigido a una persona específica que incluye proximidad física o visual respecto de la víctima, comunicación no consentida o amenaza verbal, escrita o implícita o una combinación de ellos que es susceptible de provocar miedo a una persona razonable*”.

De cuanto hemos expuesto y pese a las apuntadas controversias doctrinales, podemos señalar como caracteres comunes que definen y delimitan el stalking, los siguientes:

- Conducta repetitiva e invasiva del espacio vital de esa persona, no cada acto aislado sino el patrón de conducta integrado por la suma de todas ellas. De todas maneras dicha presión continuada supone en palabras de VALLADOLID BUENO⁴ la quiebra de la justa distancia que permite relacionarse a los sujetos que cohabitan en un espacio social.
- Rechazada y no consentida por la víctima.
- Capaz de generar algún tipo de repercusión en la víctima, en su equilibrio emocional y alterar su vida cotidiana. Este es el aspecto más discutido en cuanto se debate si basta con la producción de una sensación de desasosiego o temor o bien debe implicar una irrupción en su vida privada e incluso si la producción de temor debe valorarse teniendo en cuenta un patrón subjetivo u objetivo, inclinándose la doctrina en general por atender a criterios más objetivos como el hombre medio o razonable.

Una vez analizado en general el fenómeno en sí, desde el punto de vista del sujeto activo la psicología y la criminología describen diversas clases de acosadores o stalkers atendiendo a la existencia de desórdenes mentales o emocionales, la relación con la víctima (sentimental, laboral o ninguna) y a sus motivaciones: el amante repudiado, el admirador compulsivo y el acosador social⁵. La ira del primero, la obsesión del segundo y la manía persecutoria y controladora del tercero impulsan comportamientos que inciden directamente en la vida cotidiana del sujeto pasivo, sin que exista acuerdo doctrinal en que como consecuencia de ese persistente hostigamiento deba surgir en el sujeto pasivo la creación de estados de temor o desasosiego.

Para finalizar esta primera aproximación al concepto de stalking, debemos acotar que con tal término nos referimos al acoso general o predatorio, que tiene notas comunes con otros acosos como el escolar, laboral y sexual pero también diferencias importantes, al menos como han sido perfilados en nuestro CP, ya que en líneas generales el acoso sexual (Art. 184 CP) consiste en solicitar favores sexuales, el acoso inmobiliario (Art. 172.1º CP) se caracteriza por ser una coacción para impedir el legítimo disfrute de la vivienda, el laboral (Art. 173.1º CP) por infringir de forma reiterada en el ámbito de una relación laboral actos hostiles y humillantes que sin lle-

³ Encuesta realizada entre noviembre 1995 y mayo 1996 sobre una muestra de 16.000 personas.

⁴ Valladolid Bueno, Tomás, *Ecología victimológica. Las bases del habitar democrático*. Myriam Herrera Moreno, coordinadora, Granada 2008.

⁵ Cadena Serrano, Fidel Ángel. *Los delitos de matrimonio forzado, acoso y divulgación de imágenes y grabaciones audiovisuales que afecten gravemente a la intimidad de la víctima*. Ponencia Jornadas de Fiscales especialistas en violencia de Género. Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2015.

gar al trato degradante supongan un acoso grave para la víctima y el ciber acoso infantil (Art.183 bis y ter CP) cuando se contacta por teléfono, internet o cualquier otro medio tecnológico con un menor de 16 años y propicie el acercamiento para realizar actos de contenido sexual o pornografía.

2. Tratamiento del stalking en el derecho comparado

La regulación del stalking surgió en los Estados Unidos de América a finales del siglo pasado, aunque ya se tiene conocimiento escrito de otros supuestos en los siglos XVIII y IXX.

Posteriormente los ataques a personas famosas como el asesinato de Theresa Saldaña o de John Lennon o la persecución de las actrices Jodie Foster o Madonna por admiradores compulsivos volvieron a poner de actualidad estas conductas y propició una corriente de opinión social mayoritaria sobre la necesidad de incriminación específica de ese tipo de conductas.

Durante este periodo inicial el stalking se refirió a los acosadores de famosos pero posteriormente se redefinió hacia las relaciones fallidas y la violencia machista o de género, delimitando sus características hasta llegar a ser considerada por algunos autores como una forma más de expresión de la violencia de género basada en las estructuras que sustentan nuestro modelo social patriarcal.

Me limitaré a dar unas breves pinceladas de la regulación contenida en diversos ordenamientos jurídicos de muy diferente tradición sobre el delito de stalking, comenzando por EEUU donde nació para luego pasar a Europa de la mano del Reino Unido y cómo se ha ido extendiendo por la mayoría de los países de nuestro entorno aunque aún existen países que no contemplan su regulación de forma específica. En este recorrido puede observarse que se han seguido dos modelos diferentes para regular el delito de stalking, el primero, más propio en términos generales de los países de habla inglesa, se caracteriza por establecer una definición más genérica de la conducta que en todo caso debe producir una alarma o sentimiento de miedo en la víctima. El segundo modelo se basa en una definición más descriptiva y por ello con contornos más nítidos del comportamiento típico, mediante una enumeración, aunque meramente ejemplificativa de las conductas que puede llevar a cabo el autor.

• EEUU

Es en el Estado de California donde se promulga la primera ley antistalking de los EEUU y del mundo que entró en vigor el 1 de enero de 1991 a raíz de la muerte de la actriz Rebeca Schaeffer. Después le siguieron el resto de estados y actualmente los 50 estados tienen su correspondiente ley. Para unificar esta disparidad legislativa, el Congreso de los EEUU promovió la elaboración de un código interestatal de stalking que fue publicado en 1993 y que realmente tuvo poco eco posiblemente por la falta de fuerza normativa del texto. En él se considera que comete acoso el que de modo intencionado, malicioso y repetidamente inicia una conducta contra una persona específica que puede causar a una persona razonable miedo de padecer menoscabo en su integridad física o de morir tanto en su persona como en la de sus familiares directos.

Años más tarde, hubo un intento de convertir el stalking en un delito federal salvando las diferencias existentes entre las diferentes regulaciones que no prosperó pero lo cierto es que el código federal contiene diferentes figuras a través de las cuales se penaliza esta conducta especialmente en el contexto de la violencia de género doméstica.

Aun así, se siguió trabajando por homogeneizar las diversas legislaciones mediante protocolos como el aprobado en el año 2002, en el que ya se incidía sobre que se trata de una forma de conducta victimizante y repetida, que se caracteriza por el impacto que produce sobre la víctima por el temor que genera. Hay que tener en cuenta que la regulación anti stalking americana no es sólo de carácter penal sino que se completa mediante la posibilidad de la adopción de órdenes de protección “*restraining orders*” de carácter civil.

En Enero de 2009 el Departamento de Justicia de EEUU publicó un informe especial sobre el acoso en que lo define como "una serie de actos repetidos dirigidos contra una persona concreta que puede inducir a cualquier persona razonable a sentir miedo".

• CANADÁ

Por influencia de EEUU, el stalking llamado allí "harassment" se introdujo tempranamente en el código de 1993 en los delitos contra las personas y la reputación: Se prohíbe, que cualquier persona sin estar legítimamente autorizada y con conocimiento de que otra persona está siendo acosada o pudiendo alcanzar ese conocimiento, realice una serie de conductas que causen a otra persona razonable en esas mismas circunstancias miedo por su seguridad o la de algún conocido. A continuación establece un elenco de conductas entre las que se incluye seguir de manera repetida, comunicarse de manera reiterada por cualquier medio con la víctima, acechar o vigilar su lugar de residencia, trabajo, o en que se encuentre o emprender una conducta amenazante contra esa persona o algún miembro de su familia.

• INGLATERRA

La recepción en Europa de la incriminación del Stalking se hizo a través de los países de tradición anglosajona, si bien en Inglaterra no se castigó hasta 1997, aunque con anterioridad disponían de diversos instrumentos tanto civiles como penales que permitían la protección de las víctimas de stalking, pero de forma parcial en casos puntuales, lo que motivó la aprobación de una ley específica incriminadora, la *protection from harassment Act de 1997*, muy apoyada por los medios de comunicación y ciertos grupos de presión. En ella se configura aunque sin demasiada concreción el delito como el ejercicio de una conducta, que cause en la víctima el padecimiento del acoso y que el autor sabe o debe saber que esa conducta puede producir ese efecto. Contempla además un tipo agravado, que puede ser castigado con penas de hasta 5 años o multa, cuando dicha conducta causa miedo, al menos en dos ocasiones, de que pueda emplearse violencia contra él y el autor lo sabe o debe saberlo. Además establece responsabilidad penal por quebrantar alguna medida u orden de protección civil o penal impuesta como consecuencia del acoso. Existen además algunas especialidades previstas para Escocia e Irlanda del Norte. Así en Gales el acoso no tiene consideración de infracción penal sino de naturaleza civil, y las víctimas pueden pedir un interdicto contra el acosador o una orden de no acosar, cuya vulneración ya constituye infracción penal

A pesar del avance que supuso esta normativa también ha sido criticada por demasiado compleja y por mezclar órdenes civiles y penales, lo que puede inducir a error sobre su naturaleza.

• DINAMARCA

Dinamarca constituye un caso particular por ser un país precursor en esta materia en cuanto su regulación es anterior a la regulación de EEUU antes mencionada ya que data de 1933, modificado en 1965 y 2004 principalmente para incrementar la sanción. Se castiga a quien vulnera la paz de otro importunándole, persigiéndolo con cartas o molestándolo de cualquier otra forma a pesar de la advertencia policial.

Como puede verse se configura como una especie de delito de desobediencia en la medida que requiere una previa advertencia policial que no se atienda dentro de los 5 años siguientes. La ley regula también la forma de obtenerse esas órdenes de advertencia policiales que normalmente exigen reiteración y razones por las que se entiende que las molestias continuarán.

• BÉLGICA

También contempla el CP de Bélgica desde el año 1998 el delito de acoso que denomina utilizando el término *belaging*, castigando al que hostiga o acosa a otro, sabiendo o debiendo saber que dicho comportamiento afectará gravemente la tranquilidad de la referida persona, con una pena que va de 15 días a 2 años de prisión y/o multa. Es de señalar la ausencia de con-

tornos precisos en la descripción de la conducta que sólo exige que pueda afectar gravemente a la tranquilidad del sujeto pasivo lo que ha motivado importantes críticas.

En 2007 se introdujo un tipo agravado basado en el móvil de odio, menoscabo u hostilidad a esa persona derivado de su pertenencia a una raza, sexo, color de piel, origen nacional, orientación sexual, convicción religiosa o política, y estado de salud entre otras que enumera.

• HOLANDA

Holanda tiene una regulación específica del delito de acoso al que también denomina utilizando el término *belaging* desde 2000, incluido dentro de los delitos contra la libertad, si bien la concreción típica exige que la conducta del stalker se inmiscuya en la vida privada de la víctima de forma intencional y repetida con la finalidad de forzarla a hacer alguna cosa, que se abstenga de hacerla o con intención de infundirle miedo, sin que requiera que consiga su objetivo. Al igual que en Bélgica se configura como un delito que requiere denuncia de la persona agraviada.

• ALEMANIA

El Código penal alemán contempla desde 2007 un tipo específico que incrimina el acoso denominado “*Nachstellung*”, dentro de los delitos contra la libertad junto con la detención ilegal, coacciones, amenazas y tráfico de personas. Surge como respuesta a una demanda social que reclamaba mayor protección para las víctimas, sin que falte sectores de la comunidad científica que han expresado sus críticas por considerar que estamos ante un exceso de incriminación, y que ya existían tipos penales que permitían la inclusión y castigo de las figuras de acoso más graves.

Su regulación ha servido de modelo a nuestro legislador de manera que describe y enumera las conductas en un sentido muy parecido a nuestro CP, salvo la norma de cierre que incluye cualquier otra conducta similar a las anteriores y que ha suscitado una importante polémica por considerarlo contrario con el principio de taxatividad y legalidad penal. Su persecución requiere denuncia de la persona agraviada a menos que el Fiscal considere necesaria su intervención en atención a especiales intereses públicos, aspecto este de la legitimación siquiera excepcional que no ha seguido el legislador español.

Además contempla dos agravaciones, la primera configurada como un delito de riesgo concreto en cuanto requiere que la conducta del autor cause un peligro para la vida o riesgo de daño grave a la salud de la víctima, de su pariente o persona allegada. La segunda modalidad agravada, constituye un delito cualificado por el resultado, castigando con penas de hasta 10 años cuando a consecuencia de su conducta se produce la muerte de la víctima o personas allegadas.

• ITALIA

En Italia existe una regulación específica de delito de acoso desde la reforma de 2009, que introdujo un nuevo tipo penal donde se sanciona toda conducta reiterada de acoso u hostigamiento amenazadora o persecutoria idónea para causar bien un perdurable estado de ansiedad, producir un temor fundado sobre su seguridad o la de sus familiares o allegados o para forzar a la víctima a modificar sus hábitos de vida, con pena de prisión de 6 meses a 4 años, que puede alcanzar los 6 años cuando concurren determinadas circunstancias agravatorias, principalmente existencia de relación de parentesco entre el agresor o ser la víctima menor de edad o encontrarse embarazada.

3. Regulación en el derecho español

3.1. Antecedentes

Aunque el CP de 1995 ya había introducido el concepto de acoso regulando la figura del acoso sexual dentro de las relaciones laborales jerarquizadas, siguiendo las directrices marcadas por la recomendación 27/91 del Consejo de Europa sobre la dignidad en el trabajo, y la reforma in-

troducida por LO 11/1999, entre otros aspectos amplió la figura del acoso sexual al llamado por la doctrina acoso horizontal, en el Art. 184 CP dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, es en la reforma llevada a cabo en el año 2010, por LO 5/2010 cuando se tipifican, dentro de los delitos contra la libertad, otras específicas manifestaciones del acoso como el acoso inmobiliario o laboral, que el legislador en su Exposición de motivos, apartado XI, justificaba de la siguiente manera:

"Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Igualmente, al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno".

La inclusión de esta figura de acoso laboral había obtenido el informe favorable del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) basado en la necesidad de un nuevo tipo específico que incriminase el acoso laboral, si bien si lo comparamos con el acoso sexual éste tiene una regulación más amplia.

Sin embargo no era tan pacífica la postura frente a la necesidad de una tipificación específica del acoso inmobiliario, con independencia del drama de determinados inquilinos con escasos recursos ante la cruel especulación urbanística que subyace en esos supuestos, y en este sentido parte de la doctrina había manifestado sus dudas por entender que esta conducta podía ser tipificada como coacciones, como la jurisprudencia ya había hecho en ocasiones anteriores, no siendo obstáculo la exigencia de "violencia", dada la amplia interpretación jurisprudencial dada al término inclusiva tanto de la violencia física como de la vis compulsiva o moral.

La doctrina de forma mayoritaria había llamado la atención sobre la regularización atomizada y fragmentada de las diversas manifestaciones de acoso y la necesidad o cuanto menos la conveniencia, de tipificar un tipo genérico que castigara el acoso predatorio, a fin de evitar la impunidad por atipicidad de determinadas conductas de hostigamiento graves que producían preocupación a la sociedad, especialmente en el ámbito de la violencia machista y su manifestaciones más crudas tras la ruptura de la relación.

Y es que, pese a que los tribunales con frecuencia tenían que enjuiciar múltiples casos que provocaban una importante repulsa social por su alta lesividad, que con frecuencia constituían supuestos de auténtico terrorismo psicológico y que podían incardinarse como fenómenos de stalking, este fenómeno no se hallaba específicamente incriminado en el Código penal español.

En consecuencia, cuando se denunciaban estos supuestos, la forma de incriminarlos era acudir a distintos delitos contra bienes jurídicos de carácter personal que pueden verse afectados, de manera más o menos eventual, por la realización de conductas de *stalking*: En esta línea pueden venir a colación delitos contra el honor, cuando se profieren expresiones insultantes, delitos contra el patrimonio, cuando el *stalker* menoscaba propiedades de la víctima, el delito de maltrato habitual u ocasional en el ámbito familiar -cuando entre víctima y ofensor existe o ha mediado una relación sentimental o de matrimonio- e incluso los delitos de lesiones o tentativa de homicidio -cuando no homicidio consumado- si en su escalada el *stalker* llega a atentar contra la integridad física o la vida de la víctima, o si causa menoscabo a su salud mental.

Sin embargo, los grupos de delitos más aplicados para reprimir conductas de *stalking* son aquellos orientados a la tutela de intereses jurídicos que se consideran comprometidos por el delito

de *stalking*, básicamente se trata de los delitos contra la libertad de obrar - coacciones y amenazas-, delitos contra la intimidad y delito de trato degradante.

Respecto del delito de amenazas, que lesiona la libertad de la víctima e incluso su derecho al sosiego y la tranquilidad, como afirma la STS 110/2000 de 12 de junio, y que requiere el anuncio de un mal serio, posible y futuro, apto para amedrentar a la persona que lo recibe, ha sido aplicado por la jurisprudencia en los supuestos en que el *stalker* había anunciado algún mal, pero no cubría todos los casos en la medida que resultaba difícil incluir aquellos supuestos en que la amenaza está constituida precisamente por la presencia y actitud contumaz del agresor, en que la amenaza deriva de la propia conducta pero sin que este haya proferido expresión o anuncio intimidatorio alguno, aunque la jurisprudencia en ocasiones había recurrido a la doctrina de los actos presuntos o las amenazas veladas. Ha aplicado este tipo la Audiencia Provincial (AP) de Málaga que, en sentencia nº 85/2001 de 2 de febrero condena a quien acosa a una mujer con la que había mantenido una relación sentimental y a las compañeras de trabajo de ésta, mediante constantes llamadas de teléfono de orden de 20 0 27 al día durante aproximadamente un mes, además de efectuar pintadas en las paredes de los locales próximos manifestando su intención de mantener relaciones sexuales con la misma, por delitos de amenazas, coacciones y desobediencia argumentando que "la expresión te voy a violar o te quiero follar y otras similares realizadas por teléfono o mediante pintadas en la pared de forma persistente son aptas para atemorizar o incluso aterrizar a la persona que la recibe, pues se trata de la amenaza de un delito grave, lo que unido a las persistentes llamadas llega a crear la situación de terror y miedo descrita.". Como puede verse la condena se fundamenta en las expresiones amenazantes vertidas pero no en el hostigamiento realizado. La SAP de Baleares nº 227/2000 contempla un caso de separación matrimonial no aceptada por el ex esposo que inicia una persecución sistemática de su ex esposa que continuó hasta que ella rehizo su vida y provocó una llamada de teléfono del acusado diciendo que si la veía en compañía de esa persona "la quitaría del medio y ya no la vería más". La sentencia razona que si bien el avistamiento previo del acusado en el lugar de trabajo de la denunciante no alberga una amenaza jurídicamente valorable como acto aislado, si de una actividad de contacto que desplegada en el curso de una relación de acoso a la denunciante es per se componente de la estrategia metódicamente dirigida a crear un clima de constreñimiento anímico, que debe de ser tomado en cuenta a la hora de valorar la conducta del recurrente. Significativa es también la SAP de Guipúzcoa nº 114/2006 de 29 de marzo que condena por un delito de amenazas, otro de coacciones y tres de quebrantamiento de medida cautelar. En ella enjuicia unos hechos que podemos considerar prototipo de *stalking* en la medida que se refieren a la conducta del acusado que tras la ruptura de la relación sentimental que mantenía con la víctima, se dedicó a molestarla mediante llamadas continuas a su teléfono de día y de noche insultándola en ocasiones, en otras amenazándola con matarla a ella y a su familia y que si no era para él no sería para nadie, permaneciendo durante horas en las proximidades de su domicilio controlando sus movimientos, postura que mantuvo a pesar de las sucesivas prohibiciones de aproximarse y comunicarse con ella que se acordaban judicialmente a raíz de las denuncias que la víctima formulaba llegando a propinarla una bofetada al no querer ir con él. Señala esta sentencia que el acoso desplegado en todos los ámbitos de su vida durante meses, limita de modo significativo la capacidad de desarrollo vital de la víctima y en la medida que esta conducta trata de impedir la realización de la decisión voluntariamente tomada por aquella concurren todos los elementos del delito de coacciones.

En otras ocasiones aisladas, la jurisprudencia ha acudido al delito de trato degradante, figura que protege la integridad moral y que requiere resulte gravemente menoscabada en virtud de ese maltrato. Así ocurrió en la SAP de Sevilla nº 150/2014 de 4 de marzo, que condenó por este delito a un individuo que tras conocer y entablar conversación con una chica la invitó a cenar, invitación que fue rechazada por aquella y que no fue bien aceptada por el acusado que comenzó a mandarle pequeños regalos, notas en su coche, a merodear por las proximidades de su trabajo y a realizar múltiples llamadas telefónicas en que le decía puta, que era una tía mala, que deseaba que le entrara cáncer, así como loca, levántate ya, expresiones que repetía cuando la veía diciéndole guerra, tía mala, te vas a enterar, llegando a personarse en su lugar

de trabajo donde la arrinconó. El argumento utilizado es que el concepto de trato degradante debe de ser más amplio incluso que el elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional⁶. No obstante el supuesto enjuiciado poco tiene que ver con el delito de trato degradante más allá de la repetición de actos por lo que entraría de lleno en el nuevo delito de *stalking*.

Esta resolución ha sido muy criticada por la doctrina tanto por la interpretación totalmente libre que realiza el tribunal del concepto de trato degradante como por las diferencias existentes entre ambas figuras, empezando por el bien jurídico protegido, en uno la libertad, en otro la dignidad e integridad moral y siguiendo por el tipo que requiere la causación de sentimientos de humillación y envilecimiento que debe de ser abarcado por el dolo y que no tienen por qué estar presentes siempre en el *stalking* que se caracteriza más bien por la producción de sentimientos de desasosiego e inseguridad.

También ha recurrido la jurisprudencia a sancionar supuestos de acoso como delito de maltrato habitual del Art. 173.2 CP. Así actuó la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 1008/2002 de 20 de octubre, que revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que condenó por una falta de amenazas. El supuesto de hecho se refería a un marido, que tras ver fracasados sus intentos de reconciliación mantuvo una conducta airada que se tradujo en insultos a su mujer e hijos, realizando numerosas llamadas, acudiendo al domicilio y provocando alboroto entre amenazas de muerte y, una vez culminada la separación judicial, se había apostado a la entrada del domicilio conyugal durante un determinado periodo de tiempo de manera que cada vez que la esposa entraba y salía, le avisaba de que le iba a matar o profería frases semejantes. El Ministerio Fiscal recurrió la condena dictada por una falta y el Tribunal considera que tal conducta excede del ámbito de una mera falta y es perfectamente encuadrable dentro del delito de maltrato habitual en cuanto protege la paz familiar, teniendo en cuenta la alteración de la misma y el maltrato psicológico que supuso para la familia la conducta de hostigamiento mantenida y repetida durante un periodo de tiempo hasta el punto que su ex esposa desarrolló una sintomatología ansiosa. No obstante, tampoco el maltrato habitual cubre todos los supuestos de acoso en cuanto es preciso que concurra la relación de parentesco entre agresor y víctima y en todo caso depende del concepto e interpretación que se dé al término violencia psíquica.

Pero los casos más frecuentes de incriminación de este tipo de conductas se han reconducido hacia el delito de coacciones en cuanto tipo residual y habida cuenta de la interpretación ciertamente amplia, que la jurisprudencia⁷ ha realizado del término violencia, llegando a incluir no sólo la vis física, sino la intimidación o vis compulsiva e incluso la *vis in rebus* en un proceso de espiritualización o volatización del concepto en términos del profesor TORÍO que ha convertido el delito de coacciones en una suerte de cajón de sastre donde incluir todos los atentados contra la libertad con relevancia penal, en la medida que el Tribunal Supremo considera que “*La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción*”.

Sin embargo se observan importantes discrepancias a la hora de condenar unos hechos similares como delito o como falta de coacciones o vejaciones injustas. Así la sentencia nº 39/2003 de 15 de abril, dictada por la AP de A Coruña, revocó la sentencia dictada por el Juzgado de la Penal que condenaba por delito y estimó que era una falta en un supuesto en que el acusado realizó múltiples llamadas telefónicas durante el día y a altas horas de la noche a su domicilio, tras la ruptura matrimonial, llamadas de contenido soez y degradante que llegaron a colapsar

⁶ STC 120/1990.- La integridad moral se ve afectada cuando se desarrollan conductas que, siendo contrarias a la voluntad de la persona, sometan al sujeto que las padece a tratamientos susceptibles de anular, herir o modificar la voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos.

⁷ STS 632/2013 de 17 julio afirma:” (...) El concepto de violencia ha ido ampliándose para incluir también la intimidación o “*vis compulsiva*” e incluso la fuerza en las cosas o “*vis in rebus*” siempre que repercuta en la libertad de la persona para el pacífico disfrute de sus derechos (STS.628/2008 de 15.10, 982/2009 de 15.10). La mera restricción en la libertad de obrar supone de hecho una violencia y, por tanto, una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción.”

la línea telefónica. Tal degradación como falta de vejaciones injustas, se fundamenta en que no concurren los elementos que definen el delito de coacciones ya que del relato fáctico de la sentencia de instancia no se desprende que en las llamadas se emplease claramente violencia, no sólo en sentido de fuerza física sino de intimidación moral dirigida a constreñir la libertad de la destinataria.

Por su parte, la SAP de Barcelona nº 647/2006 de 29 de junio, en un supuesto similar de llamadas insistentes e intempestivas al domicilio también degradó a falta la subsunción jurídica realizada por el Juez de lo Penal en base a que si bien no cabe duda que con su conducta produjo un natural desasosiego en las personas que vivían en ese domicilio sin embargo no afectaban a la actividad deambulatoria de sus moradores.

Y en la misma línea podemos citar la SAP de Zaragoza de 25 de mayo de 2005 en un supuesto análogo entendió que con las insistentes llamadas y la actividad detectivesca desarrollada se infringió el derecho que toda persona tiene al sosiego y a la tranquilidad en su vida privada y laboral pero condenó por falta al no concretarse en el relato fáctico en qué consistió el resultado.

Más clara es si cabe la postura mantenida por la Sección 1^a de la AP de Sevilla que refleja la sentencia nº 328/20009, de 8 de junio en su FJ 2º que por su claridad reproducidos literalmente: *"En efecto, en no pocas resoluciones anteriores (como más recientes, sentencia de 23 de diciembre de 2008, dictada en el rollo 2694/08, y sentencias 92/2009, de 10 de febrero, y 147/2009, de 5 de marzo, hemos establecido ya el criterio del Tribunal de que conductas tales como la realización de llamadas telefónicas repetidas al sujeto pasivo, el envío masivo de mensajes telefónicos de texto, los seguimientos o acechos en la vía pública y otros actos de similares características, que se engloban genéricamente en el término anglosajón stalking, no pueden subsumirse en el delito de coacciones, tanto por ausencia del elemento esencial de violencia o intimidación, que no puede adelgazarse hasta hacerle perder su sentido propio, como porque con ellos no se obliga en puridad al sujeto pasivo a hacer nada concreto ni se le impide propiamente hacerlo -pues la víctima no está forzada a recibir la llamada o a abrir los mensajes, como no está impedida de utilizar libremente su teléfono o de salir a la calle-, aunque pueda afectarse a su tranquilidad y a su sentimiento subjetivo de seguridad hasta hacerle modificar sus hábitos cotidianos. Por ello, a falta de una tipificación expresa y específica como la introducida en los últimos años en distintos países europeos (al menos, hasta donde llega el conocimiento del Tribunal, en los Países Bajos, Bélgica, Irlanda, el Reino Unido, y, tan recientemente como en febrero de este mismo año, en Italia), las conductas de acoso o acecho como las descritas resultan en sí mismas atípicas, salvo que por sus características puedan subsumirse en el delito de violencia psíquica habitual -lo que es posible gracias al contenido más elástico del concepto de "violencia psíquica"-, siempre, claro está, que lo permita también el principio acusatorio, lo que no es, de cualquier modo, el caso de autos".*

Y concluye, " En pocas palabras, como también hemos señalado en otras ocasiones, una cosa es que el delito de coacciones actúe, en términos de la dogmática alemana, como "tipo de arrastre" en el marco de los delitos contra la libertad, y otra bien distinta que su aplicación a supuestos cada vez más lejanos de su configuración típica y de su objeto de protección lo convierta en un mero "cajón de sastre" que acabe por arrastrar el principio de legalidad".

Idéntico argumento ha sido utilizado por la AP de Sevilla, Sección 4^a, en la sentencia nº 3/2012 de 15 de marzo, dictada en un procedimiento de jurado por homicidio y maltrato habitual para rechazar la tipificación de las llamadas y mensajes insistentes y repetidos, o los seguimientos y vigilancias en las proximidades de su domicilio como delito de coacciones. Es más esta sentencia, también excluye la tipificación de esta conducta como maltrato habitual por entender que la misma sólo pueden dar lugar por su reiteración a un delito de violencia psíquica habitual si por sus caracteres intrínsecos o por sus circunstancias concomitantes pueden calificarse como un verdadero ataque al equilibrio psíquico y emocional del sujeto pasivo, objetivamente adecuado para producir a este, más allá de un simple sentimiento de incomodidad, molestia,

desazón, bochorno o hartazgo, un auténtico "menoscabo psíquico", es decir, un perjuicio relevante de su bienestar y equilibrio emocional, sea en forma de sufrimiento moral, de conmoción anímica, de pérdida de la autoestima y de la confianza en sí mismo, de trastorno mental de cualquier tipo o de atentado a su dignidad personal, aunque no llegue a producirse efectivamente un detrimento objetivable de la salud psíquica de la víctima encuadrable en alguna de las nosologías psiquiátricas consagradas internacionalmente, pues la consumación del delito no requiere un resultado material de lesión. Por ello finalmente sólo condena por un delito de asesinato y otro de allanamiento de morada.

Las diferentes posturas jurisprudenciales se ponen de nuevo en evidencia en dos sentencias dictadas el pasado año 2015. La primera de ellas procedente de la Sección 27^a de la AP de Madrid, sentencia nº 245/2015 de 21 de abril que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal por un delito de coacciones leves a su ex esposa del Art. 172.2 CP, el hecho de que el recurrente enviase en el transcurso de 5 días 252 mensajes a la perjudicada, a pesar de que ella le había advertido "Esto es ridículo, no quiero quedar contigo, no quiero que me digas esas cosas que me dices porque no siento lo mismo que tú. Por favor respétame no voy a quedar contigo ni a contestarte", pues revela una situación de acoso por parte del recurrente, máxime cuando existen mensajes cuyo contenido parece constreñir la voluntad de la víctima.

Sin embargo, la más reciente sentencia nº 634/2015, de 3 de diciembre, por lo tanto con la reforma ya vigente, dictada por la Sección 1^a de la AP de A Coruña que analiza una sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal que condena por un delito de amenazas graves y absuelve del delito de coacciones del que acusaba en Ministerio Fiscal. Pues bien la Audiencia rebaja la gravedad de las amenazas vertidas en base a que "*la comunicación a la hermana menor de la denunciante de que llevaba un cuchillo y que iba a esperar a la víctima y cuando la viera, la iba a "pinchar", no de autolesionarse como pretende el recurso. Aunque en sí mismos esos términos son el anuncio de un mal concreto y creíble, encajan en lo que sería una reacción airada enmarcada dentro del previo cese de la convivencia y los molestos intentos de aproximación a la víctima para retomar la relación. No se puede negar que tal conducta tenga un carácter claramente ilícito, pero tampoco se le puede atribuir la gravedad necesaria para conformar un delito de amenazas en los términos en los que lo hace la sentencia de grado. Pero además mantiene la absolución por el delito de amenazas por entender que "es evidente que el resto de las conductas desarrolladas por el apelante (...) como amenazar con autolesionarse, preguntar por ella, mandarle flores, comunicarse por medios telemáticos y otras son efectivamente molestas, pero ni individualmente ni en su conjunto se pueden calificar como delito. La tesis del Ministerio Fiscal de que esta situación, por su destinataria, contenido y reiteración, tendría acomodo típico en la previsión del art. 172 CP queda rebatida por la propia actividad legislativa. De estar clara y debidamente cubierta la respuesta penal por esta figura, sería innecesaria la tipificación específica del acoso o "stalking" introducida por la LO 1/2015 en el art. 172 ter, en la que precisamente se sanciona esa suma de conductas aparentemente menores o simplemente molestas pero que en realidad conforman un todo que perturba la seguridad de quien las padece".*

En todos estos supuestos, pues, o se absuelve o se condena finalmente sólo por falta de vejaciones injustas por entender en definitiva que no concurrían los requisitos del delito de coacciones, postura que ha servido a la doctrina para llamar la atención acerca de la necesidad de una tipificación específica de esta conducta ante el riesgo de que al condenarlas como falta se banalice la entidad del *stalking* cuya lesividad se deriva precisamente del carácter persistente repetitivo de las acciones.

Otras resoluciones, sin embargo, han optado por castigar conductas semejantes como delito de coacciones. Además de la ya citada SAP de Guipúzcoa de 2006, encontramos la SAP de Islas Baleares nº 140/2000 de 28 de noviembre, consideró un caso de continuas llamadas y envío de cartas a una compañera de trabajo con la que se pretendía inicial una relación sentimental como delito de coacciones por entender que la actitud de constante y permanente acoso, de presión psíquica y psicológica y de reiterado hostigamiento sobre la víctima para

doblegar su voluntad, cambiar su decisión y compelerle a realizar lo que no quería,- una relación con el acusado-, que provocó una situación de angustia y precisó tratamiento psicológico y baja laboral, analizada en su conjunto posee entidad bastante para integrar el delito de coacciones. En la misma línea la SAP de León nº31/2007 condenó por un delito de coacciones por entender que la conducta integrada por una pluralidad de acciones, seguimientos, notas, vigilancias reiteradas durante años que constituye en su conjunto un hostigamiento, intimidación, un verdadero acoso para obligar a la víctima a retomar la relación, lo que ha coartado su libertad y quebrado el derecho al a tranquilidad y al sosiego. Y la SAP de Navarra nº 32/2005 de 26 de septiembre que confirma el fallo condenatorio por delito de coacciones y apela a una valoración conjunta del comportamiento del *stalker* para considerar que tiene la entidad suficiente para integrar el delito de coacciones. En el caso analizado en esta sentencia la víctima era menor de edad, 14 años, y el condenado pretendía iniciar una relación con ella, siguiéndola y esperándola en la esquina de su casa, creando en la misma una situación de miedo y desasosiego que provocó importantes cambios en su vida cotidiana, entre otros, al no atreverse a salir de casa si no era acompañada. En esta misma línea se encuentran la SAP de Palencia nº 52/20102 de 26 de septiembre y las SSAP de Santa Cruz De Tenerife, sección 5^a, núm. 292/2012, de 12 de julio; núm. 272/2012, de 29 de junio y núm. 174/2012, de 25 de abril y, núm. 549/2014 de 19 de diciembre.

De este examen de la jurisprudencia se desprende que la tipificación de las conductas de acoso, vigilancia y control en modo alguno era ni fácil ni pacífica, lo que provocaba respuestas inadecuadas en cuanto demasiado leves en relación a la entidad de la conducta e incluso la impunidad en ocasiones por lo que era cada vez más patente y reclamada social y doctrinalmente la necesidad de dotar al ordenamiento jurídico penal español de una tipificación específica para el delito de *stalking*.

A tal objetivo contribuyeron en gran medida los compromisos internacionales asumidos por España. En efecto, la aprobación del Convenio de Estambul⁸ y la publicación en el BOE de 6 de junio de 2014 del instrumento de ratificación por España del mismo, supuso un paso adelante y un importante impulso en cuanto además de condenar de forma rotunda y expresa toda forma de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica; reconociendo que la realización de jure y de facto de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra las mujeres; que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre y, en definitiva, proclamando como aspiración crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, recomienda a los estados que adopten las medidas pertinentes para regular como delitos, una serie de conductas que enumera, e concretamente en su Art. 32 y ss. incluyendo en el catálogo el matrimonio forzado, el acoso psicológico grave los actos de violencia física grave, los atentados a la libertad sexual, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y la esterilización contra la voluntad de la mujer.

Como puede verse este convenio responde a una decidida voluntad política de abordar la elaboración de un texto legislativo común con el fin de acometer la lucha, prevención y castigo de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica con medidas globales.

En esta línea la nota de prensa referida a la aprobación del Anteproyecto de reforma de CP de 2012, indicaba que la inclusión este delito se explicaba por su relevancia en materia de violencia sobre la mujer.

Nuestro legislador ya se ha hecho eco de las recomendaciones al modificar la LO 1/2014, regular el estatuto de la víctima a través de la L 4/2015 y finalmente, y en cuanto nos interesa aquí, introducir nuevas figuras penales por medio de la LO 1/2015, concretamente el acoso y el matrimonio forzado.

⁸ Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, aprobado en Estambul el 2 de abril de 2011.

3.2. Regulación legal

El legislador introduce el nuevo delito de acoso o *stalking* y lo regula dentro de los delitos contra la LIBERTAD, una forma de coacciones, en el Art. 172 ter CP, como un tipo muy amplio, y establece:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán persegibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”

El Preámbulo de la LO 1/2015 justificaba la inclusión del precepto con estas palabras:

“También dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento”.

Ciertamente el examen de la jurisprudencia de los últimos años referente a supuestos de acoso que hemos resumido con anterioridad, ponían de manifiesto la insuficiencia normativa, condenando a veces por el delito de coacciones o por falta de vejaciones injustas, otras como amenazas cuando los mensajes o llamadas contenían frases amenazantes e intimidatorias, otras como delito contra la integridad moral, otras como maltrato psicológico habitual y otras absolvían por falta de tipicidad de la conducta, por no tener cabida tampoco en los supuestos específicos de acoso ya regulados como el sexual, laboral e inmobiliario.

Pero no sólo se basa la introducción del nuevo tipo en la necesidad de cubrir ese espacio de impunidad, sino también como hemos visto, en los compromisos internacionales asumidos por España y en las tendencias incriminatorias del Derecho comparado.

En todo caso, el precepto ha merecido el informe favorable de la Fiscalía General del Estado (FGE) y del CGPJ y el beneplácito generalizado de la doctrina, en la medida en que ofrece respuestas a conductas de indudable gravedad que no siempre podían incardinarse en el ámbito de las coacciones o las amenazas. Y las únicas voces que se han alzado lo han sido por su en-

caje sistemático o la necesidad de una reforma más ambiciosa que estableciera una regulación sistemática y conjunta de la conducta de acoso, incluyendo el acoso sexual, laboral e inmobiliario, no afectados por la reforma.

El precepto que analizamos está ubicado en el Capítulo III del Título VI que regula los delitos contra la libertad y más concretamente como una modalidad del delito de coacciones en el que pueden ser sujeto activo y pasivo cualquier persona siempre “que no esté legítimamente autorizado” que se configura como un elemento negativo del tipo. Aunque el precepto surge en el contexto de la lucha contra la violencia de género y doméstica, de la que generalmente la mujer es la víctima, no está limitado a ese ámbito y en consecuencia, sujeto pasivo puede ser tanto una mujer como un hombre.

Antes de entrar en el análisis de los tipos conviene señalar que se trata de un delito perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Como ponen de manifiesto algunos autores⁹, llama la atención que no se haya ampliado la legitimación al Ministerio Fiscal cuando la víctima fuera menor de edad incapaz o persona desvalida, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. En todo caso, este aspecto sufrió importantes cambios en su tramitación parlamentaria en la medida que al inicio se configuró como un delito que requería siempre denuncia de la persona agraviada para ser perseguido. Gracias a una enmienda transaccional apoyada por el grupo parlamentario socialista, catalán y UPyD, se convirtió en un tipo mixto, en la medida que precisa denuncia salvo cuando la víctima sea alguna de las personas enumeradas en el Art. 173.2 CP, es decir, en los supuestos de violencia familiar.

Y por lo que respecta al bien jurídico protegido, evidentemente dada su ubicación sistemática es la libertad entendida en sentido amplio como la capacidad de obrar libremente, pero también si atendemos a la exposición de motivos se protege el bien jurídico de la seguridad, esto es, el derecho al sosiego o la tranquilidad, base para decidir y obrar libremente.

3.2.1. Tipo básico

El legislador español sigue básicamente el modelo establecido en el CP. Alemán.

3.2.1.a) Conducta típica.

El precepto antes de enumerar el catálogo de conductas sancionables, establece los requisitos que a modo de elementos configuradores, deben concurrir para que puedan ser consideradas típicas.

La conducta típica viene caracterizada por el verbo acosar lo que es una técnica criticable en la medida que se utiliza en la definición el término que se pretende definir y que, por otra parte, contiene una importante carga peyorativa, por lo que hubiera sido más adecuado utilizar otro término más neutro pero de similar significado que poseemos en nuestro idioma como seguir, perseguir o acechar. En definitiva el acoso es un comportamiento intrusivo en la vida de la víctima contra su voluntad, que supone una ruptura de la necesaria distancia en las relaciones, una invasión del espacio vital de la víctima.

Además debe de ser de forma insistente y reiterada, es decir, requiere una repetición de actos, con cierta relación temporal y que produzcan el resultado de alterar de forma grave la vida cotidiana de esa persona.

El primer elemento hace referencia a que no se trata de actos aislados sino de un patrón de conducta manifestado de forma insidiosa, insistente disruptiva y repetitiva. De manera que si se trata de un solo acto o actos aislados estaremos ante un hecho impune salvo que en sí misma sea constitutiva de otra infracción penal. Esta persistencia y carácter intrusivo, es lo que lleva a la víctima a experimentar una sensación de angustia, desasosiego y hasta miedo razonable

⁹ Villacampa Estiarte, Carolina, obras ya citadas.

de que le pueda ocurrir algo malo a ella o a su familia, y puede manifestarse de forma constante o disruptiva, es decir apareciendo y desapareciendo de su vida por cierto espacio de tiempo.

De lo que se trata es de incriminar un patrón de comportamiento compuesto por una serie de conductas que individualmente consideradas pueden no tener un efecto intrusivo en la vida y libertad de la víctima, pero su repetición y el examen en su conjunto nos lleva a la conclusión contraria en cuanto causan directamente una limitación importante en la libertad de decidir o de obrar del sujeto pasivo.

Para DE LA CUESTA ARZAMENDI¹⁰ estamos ante una conducta invasiva, una injerencia persistente en el proyecto de vida personal, que indudablemente afecta a la libertad y seguridad de quien la padece.

El segundo elemento que debe concurrir es que provoque una alteración grave de la vida cotidiana, hace referencia a que debe tener cierta entidad, punto que también ha sido objeto de críticas en el sentido de que es un término indeterminado que plantea problemas de caracterización o concreción. En realidad es una transposición del término alemán “perjuicio grave al desarrollo vital de la víctima”, y ambos hacen referencia a los hábitos, la rutina y forma de vida diaria de esa persona, de manera que si el merodeo, las llamadas, los encuentros provocan que la víctima tenga que cambiar sus horarios o trayectos o no se atreva a salir de casa sola o a coger el coche o tenga que cambiar el nº de teléfono, ya se está alterando y modificando de una forma importante su vida.

El informe de la FGE a esta reforma, señala que este requisito contiene poca concreción, de manera que la valoración de su gravedad requerirá un esfuerzo interpretativo regido por el criterio de la proporcionalidad, teniendo en cuenta que la gran variedad de conductas que el acosador es capaz de desplegar, puede provocar reacciones y modificaciones muy distintas en cada víctima, si bien cuando estas modificaciones obedecen a una necesidad real y sentida de la víctima y se ajustan a los parámetros normales y razonables de actuación, podría entenderse que la afectación es grave.

En todo caso, el requisito analizado produce un doble resultado, al excluir conductas de escasa entidad y permitir, en su caso y al menos teóricamente, formas imperfectas de ejecución.

Parte de la doctrina¹¹ lamenta que el tipo no exija expresamente que esa conducta se realice contra la voluntad de la víctima pues es precisamente el carácter intrusivo y no querido el elemento común de todas las definiciones de *stalking*, aunque también reconocen que puede considerarse implícito en el término acoso utilizado por el legislador.

Pero para que esa conducta sea típica se precisa que el autor no se encuentre “*legítimamente autorizado*”, elemento negativo del tipo que fue criticado en el informe realizado por el Consejo de Estado (CE) y la FGE por entender que difícilmente se podía imaginar una situación en que una persona se encuentre legitimada para desarrollar alguna de las conductas de acoso que se describen en el tipo.

El legislador, utilizando una fórmula similar a la incluida en el delito de coacciones, ha querido desterrar del ámbito del delito determinados comportamientos que, de otro modo estarían amparados por la concurrencia de una causa de justificación. Por ejemplo ciertos seguimientos policiales en el cumplimiento de sus funciones de perseguir el delito y descubrir al delincuente en el marco de una investigación criminal, que naturalmente estarían amparados en la causa de justificación de cumplimiento de un deber del Art. 20.7 CP., o en ciertos casos de investigación periodística en el ámbito de la libertad de información o en ciertos supuestos de actuación llevada a cabo por detectives privados.

¹⁰ De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Mayordomo Rodrigo, Virginia. *Acoso y Derecho Penal*. Revista Eguzkilore. Nº 25. Diciembre 2011, pág.21-48.

¹¹ Villacampa Estiarte, Carolina. *El delito de Stalking. Comentarios a la reforma penal de 2015*. Gonzalo Quintero Olivares, director. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi, 2015.

Sin embargo la doctrina mayoritaria considera inadecuada esta fórmula en el ámbito de este tipo delictivo especialmente teniendo en cuenta la utilización del término *acoso* en la definición del mismo.

3.2.1. b) Modalidades comisivas.

El delito de acoso tal y como se encuentra regulado constituye un tipo mixto alternativo, que contiene una enumeración de conductas diversas que en esencia van siguiendo, como hemos dicho el modelo establecido en el CP alemán. Cada una de ellas cubre las exigencias del tipo, de manera que si se producen varias de ellas debe de ser tenido en cuenta para valorar la gravedad e individualizar la pena; Pero, hay que insistir en que se trata de conductas reiteradas e insistentes, no esporádicas o aisladas.

- Vigilar, perseguir o buscar la cercanía física con la víctima.
- Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por terceras personas.
- Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
- 4^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

La PRIMERA de ellas consiste en vigilar, perseguir o buscar la cercanía física, incluye el seguir a una persona y buscar su proximidad física, por ejemplo merodeando por los lugares frecuentados por la víctima provocando encuentros casuales sin necesidad de que se produzca contacto ni que su conducta sea amenazante o produzca molestia concreta alguna, pero debe ser persistente y repetitiva, aunque puede ser intermitente. La jurisprudencia alemana ha considerado que debe darse la proximidad física junto con la contemplación óptica o visual.

El precepto comentado señala las conductas de forma disyuntiva pero todas ellas se están refiriendo a un control sobre la víctima, bien acechándola, bien aproximándose donde ella se encuentra. Bien vigilando sus pasos, lo que puede llevarse a cabo de múltiples maneras, no todas conllevan contemplación óptica, pues cabe que se realice a través de terceras personas, que consciente o inconscientemente faciliten información de los movimientos de la víctima; Pero también con prismáticos, o instalando programas espías en el teléfono o en el ordenador de la víctima sin su consentimiento, lo que permitiría al acosador tener conocimiento en tiempo real del lugar exacto donde se encuentra la víctima, sus relaciones, contactos y conversaciones lo que además supondría una intromisión inadmisible en su intimidad.

La SEGUNDA modalidad se refiere a establecer o intentar establecer contacto con la víctima a través de cualquier medio. No es necesario que el contacto se produzca efectivamente, pero sí que existan múltiples y reiterados intentos. Puede ser a través de medios clásicos de comunicación, hoy casi obsoletos como es el correo, Fax, telegrama o por teléfono o a través de correo electrónico, y especialmente a través de las redes sociales como WhatsApp, blogs, Facebook, twitter, Instagram (...) que son primordialmente utilizadas por la totalidad de los jóvenes y adolescentes como forma de comunicación. El bombardeo continuo de llamadas o mensajes pueden afectar a la vida, tranquilidad y comunicación de la víctima dada la dependencia que cada vez más y de forma mayoritaria los jóvenes y adolescentes tienen de las nuevas tecnologías de manera que constituye una alteración importante tener que cerrar o cambiar la cuenta, cambiar el nº de teléfono o eliminar determinados contactos, grupos o chats. La difusión del uso de las redes sociales y su utilización como poderosa herramienta para controlar, perseguir, injuriar o humillar a una persona, especialmente, pero no sólo, tras una ruptura sentimental se conoce ya con el nombre de ciberacoso o *ciber stalking*.

Pero no terminan aquí las posibilidades comisivas en la medida que también el contacto se puede hacer utilizando a otra persona que transmita una misiva o colocando notas en el para-

brisas del coche, o dejando mensajes en el buzón del domicilio de la víctima o en lugares donde sepa que los va a encontrar.

La TERCERA conducta plantea más problemas en cuanto se refiere al uso indebido de los datos personales de la víctima para contratar servicios, adquirir productos o mercancías o hacer que tercera personas se pongan en contacto con ella, conductas que pueden llegar a suplantar la identidad del otro. Se incluye aquí las típicas conductas de ofrecer servicios sexuales en las que figura como ofertante la víctima que se ve inundada por una cascada de llamadas o mensajes en demanda de los servicios.

La referencia al uso indebido de datos personales ya expresa que el uso de los mismos, se hace sin el consentimiento del titular. El concepto de datos personales lo proporciona la LO de Protección de datos y su reglamento¹².

Como en los demás supuestos es necesaria la reiteración e insistencia, si bien el uso una vez de los datos personales de la víctima puede provocar un efecto generalizado en la medida que muchas otras se pongan en contacto con ella. Por ello, si entendemos que la acción típica es el uso de los datos personales, podría provocar la impunidad de conductas reprochables que producen un grave trastorno y repercusión en la vida de la víctima.

La CUARTA Y ULTIMA de las modalidades comisivas previstas, requiere un atentado contra la libertad o el patrimonio de la víctima o de personas de su entorno.

Como pone de manifiesto VILLACAMPA ESTIARTE, en este aspecto el legislador español se separa del modelo alemán que concluye el precepto para cerrar la tipicidad incluyendo cualquier otra conducta análoga a las anteriores, cláusula residual que si contenía nuestro Anteproyecto de CP 2013, y que fue suprimida siguiendo las críticas realizadas por el CGPJ y FGE basadas en que presentaba problemas de taxatividad y podía colisionar con el principio de legalidad propio del Dº Penal proclamado en el Art. 25 CE., como había presentado dudas de constitucionalidad el precepto en Alemania por su indeterminación.

En consecuencia, nuestro legislador ha huido de cualquier indeterminación con el riesgo evidente de que el exceso descriptivo pueda quedar pronto obsoleto o no comprender todas las posibles manifestaciones del acoso y la persecución.

Algunos autores¹³ sin embargo mantienen que una cláusula residual no hubiera sido contraria a los postulados de *lex previa, scripta y certa* que exige el principio de taxatividad, siempre que se ponga en relación con la exigencia de acoso, persistencia y grave alteración de la vida cotidiana que, como presupuestos, delimitan el tipo delictivo; Postura que apoyan en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencia nº 51/2005, de 14 de marzo, dictada a raíz de la cuestión de constitucionalidad planteada sobre el Art. 4.1.h) Reglamento de Armas y Explosivos de 1993¹⁴.

Dentro de este último apartado puede incluirse todo tipo de conductas constitutiva de delitos comprendidos en los capítulos VI y XIII del libro II del CP, como robo, hurtos, daños, robos o hurtos de uso de vehículo, amenazas, coacciones, detenciones ilegales.

Sin embargo ya se vislumbran otros comportamientos difícilmente encuadrables dentro de las conductas descritas teniendo en cuenta la gran variedad de modalidades y formas que el acosador maquina y pone en marcha y especialmente la ayuda de las nuevas tecnologías en la vi-

¹² El art.3-a de la L.O.15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos personales, define lo que se entiende por datos personales y el Reglamento que desarrolla la misma, Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, detalla esa definición en su Art.5.1.A.

¹³ Cadena Serrano, Fidel Ángel. *Los delitos de matrimonio forzado, acoso y divulgación de imágenes y grabaciones audiovisuales que afecten gravemente a la intimidad de la víctima*. Ponencia Jornadas de Fiscales especialistas en violencia de Género. Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2015.

¹⁴ STC 51/2005 proclama “(...) En definitiva, como se dijo en nuestra STC 151/1997 de 29 de septiembre (f.53), el principio de legalidad en materia sancionadora, no veda el empleo de cláusulas normativas abiertas y por ello necesitadas de valoración o cumplimentación judicial, aunque, en tales casos, esa valoración judicial está sometida a una exigencia reforzada de motivación”.

gilancia, acecho y seguimiento de la víctima sin necesidad de proximidad física con ella. Las resoluciones judiciales que en aplicación de este precepto se vayan dictando irán delimitando el propio contenido del acoso y los problemas interpretativos que pueda presentar.

3.2.2. Tipos cualificados

El Art. 172 ter) párrafo 1º, contiene una primera agravación derivada de ser la víctima *una persona especialmente vulnerable por razón de la edad, enfermedad o situación* castigándolo con pena de 6 meses a dos años de prisión, alcance agravatorio en relación al tipo básico que se limita al umbral mínimo de la pena de prisión que pasa a ser de 6 meses y a la eliminación de la penalidad alternativa de multa.

Este tipo agravado se introdujo como consecuencia de atender al informe realizado por el CGPJ que apuntó la necesidad de su inclusión.

En este sentido hemos de recordar la interpretación que del concepto de persona especialmente vulnerable recogido en el Art. 153.1 CP, hizo la Circular 1/2005 de la FGE, relativa a los criterios de interpretación de la Ley Orgánica de medidas de Protección integral contra la violencia de género que entiendo son aplicables a este subtipo agravado:

"(...) el fundamento de esta agravación se encuentra en la reducción o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la víctima derivada de una serie de situaciones determinantes bien de naturaleza personal (edad, enfermedad) o mixta (situación en que se encuentre), lo que requerirá de una valoración individualizada. Atendiendo a aquellas circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe de ser abarcado por el dolo del autor".

Por su parte, el párrafo 2º del Art. 172 ter) CP, establece también como subtipo agravado cuando la víctima sea alguna de las personas a que se refiere el Art. 173.2 CP, es decir : "*quién sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*".

Se sancionan conductas de acoso en el ámbito de las relaciones familiares donde es clara la incidencia de las figuras de acoso pero sorprende que no contenga mención alguna a supuestos de violencia de género, en que la víctima sea la mujer, pareja o ex pareja, del acosador, terreno típico en que se desarrollan y proliferan estos comportamientos, ya que el acosador no acepta el no de la víctima a sus peticiones, como hemos visto en las sentencias analizadas. No obstante, considero que en su caso podría ser de aplicación la nueva agravante de género, incluida en el Art. 22.4 CP.

En este supuesto, además de no ser necesaria la denuncia, la pena prevista será de 1 a 2 años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad (TBC) de 60 a 120 días, pena en que la privativa de libertad es claramente más grave que la del tipo básico y la primera agravación pues el umbral es superior, 1 año manteniendo el techo de 2 años, pero lo que resulta desconcertante es que quepa sancionar con una pena inferior a la prisión,-trabajos en beneficio de la comunidad-, una conducta que en principio, es más grave que la contemplada en el tipo básico. La inclusión como pena alternativa de los TBC, en lugar de la multa sigue el criterio de excluir la imposición de penas de multa en los delitos de violencia de género para evitar sancionar al final económicamente a la víctima.

Por esta razón, la doctrina critica este doble nivel agravatorio establecido por el legislador en la medida que aunque sugiere una mayor gravedad del acoso en la esfera familiar, pueda ter-

minar siendo castigado con menor rigor y por otra parte, al no estar debidamente delimitados es posible que un mismo supuesto sea incluible en ambas agravaciones, por ejemplo una persona vulnerable que además es familiar de los establecidos en el Art. 173.2 CP, planteándose cuál es la penalidad que le corresponde pues si se atiende a la vulnerabilidad sólo cabe la pena de prisión, mientras que si atendemos a las relaciones familiares es posible sancionar la conducta con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuestión delicada que algún autor¹⁵, considera puede resolverse aplicando el párrafo 2º, sin opción por la pena de TBC. Además de la pena la elección entre una u otra agravación tiene como efecto considerar si la denuncia es o no necesaria.

En realidad la penalidad establecida para este nuevo tipo, tanto en su modalidad básica como en las formas agravadas, es inferior a la prevista para otras conductas delictivas en íntima conexión con el acoso como coacciones, amenazas, maltrato habitual, lo que puede provocar que queriendo regular un supuesto específico para evitar su impunidad, se acabe estableciendo un privilegio para los acosadores por agravio comparativo, por lo que algunos autores abogan por la inclusión de una cláusula de subsidiariedad expresa “*salvo que los hechos constituyeran un delito más grave*”.

En otro orden de cosas, al tratarse de un delito contra la libertad, se podrán imponer las penas previstas en el Art. 48 CP, conforme a los criterios establecidos en el Art. 57 del mismo texto legal, es decir, atendiendo a la gravedad de los hechos enjuiciados y al peligro que represente el delincuente y que en los supuestos de acoso se presenta como instrumento indispensable para proteger a la víctima. Sin embargo ha desaparecido la potestad de imponer además de la pena privativa de libertad, la de libertad vigilada que preveía el Anteproyecto, por no estar justificada ni por la gravedad de la conducta ni por el incremento de la misma ni está demostrado que el autor del acoso sea más resistente al efecto rehabilitador de la pena, razones que se esgrimían en la exposición de motivos de la LO 5/2010 para la aplicación de esta medida.

No se han previsto otros supuestos agravados en la línea sugerida por el Convenio de Estambul, en su Art. 46, como cuando se realicen en presencia de menores, o conjuntamente por dos o más personas, o que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos y que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos análogos. Incluso hay autores que echan en falta una agravación cuando se quebrante una medida cautelar, medida de seguridad o una pena de alejamiento al modo que ocurre en el maltrato habitual, por su mayor antijuricidad al reflejar la persistencia y contumacia del acosador¹⁶.

Esta última reflexión nos conduce a los múltiples “problemas concursales”, que plantea esta nueva figura. Sin embargo, la solución que establece el legislador no es acudir al concurso de normas, sino al concurso de delitos al establecer “*las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso*”.

El acudir de forma indiscriminada a la cláusula concursal, sea cual sea el delito instrumental y sin excluir a las conductas de violencia psicológica o que ataquen contra la libertad de la víctima, puede provocar problemas y atentar contra el principio non bis in ídem.

De igual forma que en el delito de violencia habitual, el legislador ha optado por introducir en el delito de acoso una cláusula que permite la condena individualizada de cada uno de los delitos en que se hubiera cristalizado cada uno de aquellos actos. De manera similar a aquel otro delito, el legislador pretende sancionar a aquella persona que propicia no una situación puntual o aislada de seguimiento o vigilancia sino la creación de una situación de hostigamiento de coerción continua de inseguridad y de alteración limitativa de la vida del sujeto pasivo, por los individuales actos que fuera constitutivos de delito, amenazas, daños, hurtos etc.

¹⁵ Villacampa Estiarte, Carolina. Obras ya citadas.

¹⁶ Villacampa Estiarte, Carolina. Obras ya citadas.

Por otra parte, alguno de estos hechos podría haber dado lugar a su enjuiciamiento anterior, lo que es probable cuando son constitutivos de delito susceptibles de enjuiciarse por el trámite de juicio rápido. En estos casos, al modo que en supuestos de violencia habitual y salvando las distancias, entiendo que, sin vulnerar el principio de cosa juzgada, pueden ser tenidos en cuenta esos hechos ya juzgados, que por su proximidad o cercanía temporal a los demás hechos objeto de investigación, reflejen y acrediten la persistencia y reiteración que requiere el tipo penal y que provoca la alteración de la vida de la víctima, siguiendo así la doctrina establecida en relación al delito de violencia habitual por la FGE en la Circular 1/98¹⁷ y la jurisprudencia del TS¹⁸.

Para finalizar daré unos breves apuntes a modo de pinceladas sobre el ciberacoso o cibercaling por usar el término anglosajón y la incidencia de las nuevas tecnologías (TICs) en esta modalidad delictiva.

Como ya he dicho la irrupción de las nuevas tecnologías y el crecimiento y utilización masiva de internet y las redes sociales, no sólo como instrumento para transmitir información, noticias y conocimientos sino también como forma de comunicación a través de foros, chats, twitter, (...) especialmente entre los más jóvenes, ha cambiado nuestra vida y nuestra forma de relacionarnos, la realidad virtual se expande y a veces se confunde con la realidad física y estas nuevas tecnologías que tanto beneficio reportan, se han manifestado como un medio poderoso, propiciado por el anonimato, su efecto expansivo, la cantidad de información personal que proporciona y la facilidad para manipularla y la impunidad de la red, para cometer delitos, estafas, terrorismo, ataques a sistemas de seguridad, ataques al honor, pornografía y ventas de armas, y también, en lo que aquí nos interesa para perseguir, vigilar, controlar, acechar y humillar a otra persona es decir para ejecutar actos reiterados de acoso vulnerando la intimidad de la víctima que por ello sufre el mismo efecto o sensación de angustia, desasosiego y hasta miedo sin necesidad de contacto o proximidad física, incluso puede llegar a una situación de auténtica indefensión.

Las posibilidades son amplísimas, pues además de los mensajes de whatsapp, los GPS o los nuevos programas spyware y programas espías instalados en el sistema operativo de la víctima, entre otros, permiten al acosador acceder a la intimidad de la víctima y tener conocimiento puntual de los movimientos, contactos, conversaciones, ubicación o personas que acompañan al sujeto pasivo.

Nuestro Código Penal contempla como figuras delictivas el acceso ilícito a programas informáticos en el Art. 197 CP, los daños informático en el Art. 264 CP, el acoso sexual a menores en el Art. 184 CP y el recientemente introducido en el Art. 197.7 CP que castiga como ataque a la intimidad la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones de carácter personal obtenidas con la anuencia de la persona afectada cuando tal divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal, figura conocida como sexting y sobre la que no me extenderé por ser objeto de otro artículo.

Pero lo cierto es que tales preceptos en principio parecen insuficientes para permitir la incriminación general de todo el abanico de manifestaciones que puede presentar el ciberacoso. A modo simplemente ejemplificativo podemos enumerar:

- Distribuir en Internet una imagen o datos comprometidos de contenido sexual (reales o falsos). SEXTING.
- Dar de alta a la víctima en un sitio Web donde puede estigmatizarse o ridiculizar a una persona.

¹⁷ “(...) resultaría absurdo admitir la condena de ambas conductas si se produce en una misma Sentencia y no admitirla, sin embargo, cuando se sigan diferentes procedimientos que desembocuen en tantas Sentencias. Se estaría dejando en manos de la suerte o de la estrategia procesal la decisión sobre la punición o no de determinadas conductas.”

¹⁸ STS 232/2015 de 20 de abril, “(...) Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir sin prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación”, (SSTS 765/2011 de 19 de julio: 701/2013 de 30 de septiembre o 856/2014, de 26 de diciembre, entre otras).

- Crear un perfil falso en nombre de la víctima para, por ejemplo, realizar demandas u ofertas sexuales.
- Usurpar la identidad de la víctima para, por ejemplo, hacer comentarios ofensivos sobre terceros, Hackear su correo electrónico o introducir virus espías en ordenador, Teléfono...
- Divulgar por Internet grabaciones con móviles en las que se intimida, agrede, persigue, etc. a una persona.
- Dar de alta el email de la víctima para convertirla en blanco de spam, contactos con desconocidos, etc.
- Acceder digitalmente al ordenador de la víctima para controlar sus comunicaciones con terceros.
- Hacer correr en las redes sociales rumores sobre un comportamiento reprochable atribuido a la víctima.
- Perseguir e incomodar a la víctima en los espacios de Internet que frecuenta de manera habitual.
- Presentarse con un perfil falso ante la víctima con el fin de concertar un encuentro digital para llevar a cabo algún tipo de chantaje online.
- Llamar de forma insistente a su teléfono, mandar sms, whatsapp o imágenes de contenido sexual.

Quizás ante esta realidad hubiera sido conveniente incorporar al Art. 172 ter estudiado, alguna referencia al hecho de que el acecho pueda cometerse a través de cualquier dispositivo o medio tecnológico¹⁹

Por último y desde el punto de vista de la protección eficaz de la víctima sería necesario articular penas accesorias o medidas cautelares específicas, como la prohibición de acceso a internet o a determinados foros.

Veremos con el tiempo cual será la aplicación e interpretación de este tipo por los tribunales y los problemas que plantea. De momento, ya existen varias sentencias por acoso, todas ellas dictadas en juicio rápido, así a modo de ejemplo, podemos citar la sentencia 106/2015 del Juzgado Instrucción nº 3 de Teruel dictada de conformidad el 12 de noviembre, otra dictada también de conformidad por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Toledo el 14 de enero de 2016, otra el Juzgado de Tudela el 23-3-2016 que consideró que la conducta de -llamar de forma insistente a su teléfono, mandar sms, whatsapp o imágenes de contenido sexual, constituía un supuesto de acoso.

Bibliografia

Alonso de Escamilla, Avelina. *El Delito de Stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades*. Revista La Ley Penal, nº 105, 2013.

Cadena Serrano, Fidel Ángel. *Los delitos de matrimonio forzado, acoso y divulgación de imágenes y grabaciones audiovisuales que afecten gravemente a la intimidad de la víctima*. Ponencia Jornadas de Fiscales especialistas en violencia de Género. Centro de Estudios Jurídicos, noviembre 2015.

Comentarios a la Parte especial del Código Penal. Reforma 2010. Gonzalo Quintero Olivares. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi.

¹⁹ Lorenzo Barcenilla, Silvia. *El nuevo delito de acecho del art. 172 ter del Código Penal. Aproximación al cyberstalking*. Master Universitario en Abogacía. Ed. Universitat Oberta de Catalunya. Junio 2015. <http://hdl.handle.net/10609/44681>.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Mayordomo Rodrigo, Virginia. *Acoso y Derecho Penal*. Revista Eguzkilore. N° 25. Diciembre 2011, pág.21-48.

Garrido Genovés, Vicente: *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*. Algar, 2001, pág. 19.

Gómez Rivero, Mª del Carmen, *El Derecho Penal Ante las Conductas de Acoso Persecutorio*. Capítulo, Vol. I. Pág. 27-50. En: *El Acoso: Tratamiento Penal y Procesal*. Directora: Martínez González, Mª Isabel .Valencia, 2011.

Lorenzo Barcenilla, Silvia. *El nuevo delito de acecho del art. 172 ter del Código Penal. Aproximación al cyberstalking*. Master Universitario en Abogacía. Ed. Universitat Oberta de Catalunya. Junio 2015. <http://hdl.handle.net/10609/44681>

Magro Servet, Vicente. *El delito de stalking o acoso en la violencia de género en la reforma del Código Penal*. Revista La Ley Penal. Ed. La Ley. 2014.

Villacampa Estiarte, Carolina. *Stalking y Derecho Penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Ed. Iustel. Madrid, 2009.

Villacampa Estiarte, Carolina. *El delito de Stalking*. En el libro: *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Gonzalo Quintero Olivares, director. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi, 2015

Incidencia de la LO 1/2015 en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual

Pablo Rafael Ruz Gutiérrez
Magistrado

Resumen

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, o delitos sexuales en su acepción más común, han estado sujetos a una continua evolución conceptual y dogmática, motivada fundamentalmente por la necesidad de que el legislador diera adecuada respuesta a las diversas formas a través de las que se viene poniendo de manifiesto, en el contexto de la realidad social contemporánea, la lesión al bien jurídico protegido. El presente trabajo pretende abordar las principales novedades producidas en la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal español por virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 1 de julio de 2015, si bien centrando la atención en el nuevo tratamiento penal de los abusos sexuales -donde el Capítulo II bis recoge ahora las conductas de abusos y agresiones sexuales con afectación a menores de diecisésis años, límite donde se sitúa por el legislador español la edad para la libre prestación del consentimiento sexual-, así como en la redacción otorgada a los Capítulos reservados a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, y a los delitos de prostitución y explotación sexual, con el corolario de las novedades introducidas en las Disposiciones comunes a las anteriores infracciones, todo ello a la luz de la normativa europea e internacional de obligada transposición a nuestro Derecho interno, así como de la jurisprudencia que ha tenido oportunidad de examinar los cambios operados en la regulación.

1. Introducción: líneas fundamentales y justificación de la reforma

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, o delitos sexuales en su acepción más común, han estado sujetos a una continua evolución conceptual y dogmática, motivada fundamentalmente por la necesidad de que el legislador diera adecuada respuesta a las diversas formas a través de las que, fruto de la adaptación de la sociedad a las nuevas tecnologías de la información así como a los cambios en la interrelación entre las personas, se viene detectando la puesta en peligro de un bien jurídico de carácter tan marcadamente íntimo, y de tan alta relevancia para el desarrollo y la dignidad de la persona, como lo es la libertad sexual.

Desde esa perspectiva, el presente trabajo abordará las principales novedades producidas en la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal español por virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 1 de julio de 2015.

Entre tales novedades se encuentran las siguientes:

- Se eleva de los 13 a los 16 años la edad para la prestación de consentimiento libre para la realización de cualquier acto o contacto de carácter sexual, al tiempo que se recoge una lógica cláusula de exención de responsabilidad criminal.
- Se agrava la penalidad de diferentes conductas que ya eran objeto de punición en la anterior redacción legal.
- Se introducen importantes novedades en la regulación de los abusos sexuales cometidos sobre menores de 16 años, especialmente en lo atinente al denominado delito de ciberacoso sexual o grooming.

- Se regula un nuevo delito de abuso sexual mediante engaño o prevalimiento respecto de menores entre 16 y 18 años, sustituyendo el anterior delito de corrupción de menores.
- Se introducen correcciones terminológicas en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.
- Se establecen mejoras técnicas en la regulación de los delitos de prostitución, separando las conductas relativas a mayores y menores de edad, e incorporando nuevos conceptos dogmáticos.
- Se amplía notablemente la tipificación de las conductas relativas a la pornografía con menores de edad y personas con discapacidad, incorporando nuevas figuras y adaptando el tipo a las previsiones establecidas en las convenciones internacionales.
- Se introduce una pena de inhabilitación especial para los responsables de delitos de abusos sexuales a menores de 16 años, prostitución y corrupción de menores.

De entre todas las cuestiones expuestas, quedarán al margen del presente estudio las relativas a la punición de las conductas relativas a las proposiciones de encuentro con fines sexuales por medios tecnológicos dirigidas a menores (*child grooming*) -art. 183 ter.1 CP-, así como de las conductas dirigidas al embaucamiento de menores para la obtención de material pornográfico -art. 183 ter.2 CP-, por cuanto, ante su evidente conexión con el denominado delito de *sexting* del art. 197.7 CP, su tratamiento y análisis se lleva a cabo en otro trabajo específico sobre la indicada materia y también publicado en el presente número de la Revista del Ministerio Fiscal. Asimismo, quedan al margen de estas reflexiones las múltiples cuestiones que suscitaría la siempre polémica regulación de la denominada pornografía infantil, por cuanto su adecuado tratamiento motivaría un artículo monográfico sobre la cuestión, amén de haber sido ampliamente tratada en la reciente Circular 2/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre *los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*. Y todo ello, claro está, sin perjuicio de destacar algún aspecto tangencial de la nueva regulación en relación a las temáticas que se acaban de mencionar, en la medida en que en ocasiones será inevitable la referencia a las opciones plasmadas por el legislador, de cara a una mejor comprensión de los principales aspectos de la reforma que se desean abordar.

En lo que respecta al fundamento de las reformas introducidas por el legislador en una materia tan sensible como la atinente a la libertad e indemnidad sexual, con especial incidencia en la afectación a víctimas menores de edad, la mayor parte de las novedades recogidas en el Texto legal son tributarias de la necesaria armonización del derecho español con la normativa europea, destacando el propio Preámbulo de la LO 1/2015 la labor de transposición de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo¹. Se advierte así-

¹ En concreto, el artículo 3 de la Directiva, bajo la rúbrica "Infracciones relacionadas con los abusos sexuales", prevé lo siguiente: "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas mencionadas en los apartados 2 a 6. 2. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. 3. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años. 4. Realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años. 5. Realizar actos de carácter sexual con un menor i) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o ii) abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o iii) empleando coacción, fuerza o amenazas, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad. 6. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad".

mismo que radica en dicha armonización el motivo del endurecimiento de las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, como manifestación de graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Del mismo modo, se ha destacado la influencia del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote) -Instrumento de Ratificación de España publicado en BOE de 12 de noviembre de 2010- en algunos aspectos de la reforma que serán analizados en el presente trabajo.

Ello no obstante, son muchas las voces entre la doctrina que vienen mostrando su crítica y estupefacción por la evolución que nuestro Código Penal ha experimentado en los últimos años en el tratamiento de la delincuencia sexual, que tiene su máxima representación en la reforma penal de 2015.

Así, se ha cuestionado el proceso de ampliación en que se encuentra el Derecho Penal sexual, aludiendo a una «remoralización» de la regulación y al papel esencial que ocupa la pretensión de proteger a personas menores de edad frente a conductas que atenten contra su sexualidad².

Desde otros ámbitos ha sido cuestionada igualmente la oportunidad de la reforma, aludiendo a la falta de justificación de la tendencia expansiva -aumento exponencial de conductas prohibidas y creación de nuevas figuras- y punitiva -incremento del rigor de la respuesta penal- por la que se ven afectados la práctica totalidad de las modalidades de delitos contra la libertad sexual, máxime si se toman en cuenta los índices de criminalidad en nuestro país para esta clase de infracciones, inferiores a los de otros países de nuestro entorno. En este sentido, afirma GONZÁLEZ CUSSAC que ni la intensidad ni la extensión ni la severidad pueden justificarse en la transposición de las Decisiones Marco, tomando para ello como referencia las modificaciones en los delitos de abusos sexuales a menores, donde entiende que ni la elevación de la edad de trece a diecisésis años frente a cualquier contacto sexual con adultos (art. 183), ni la de diecisésis a dieciocho años en caso de engaño (art. 182), parecen razonables ni posibles, atendidos los actuales estándares de libertad y moralidad sexual predominantes mayoritariamente en la sociedad, llegando a cuestionar que con el actual Código Penal en la mano, pueda llegarse a perseguir como delito el beso dado por un joven de dieciocho años -adulto- a otro de quince, o puedan ser objeto de la jurisdicción de menores “los lascivos besos protagonizados por jóvenes de diecisiete o diecisésis años a menores de quince o catorce años”³.

Tampoco la técnica legislativa seguida para la transposición de la normativa europea ha gozado del favor de la doctrina, antes al contrario, pues como destaca GALDEANO SANTAMARÍA⁴, la transposición realizada por el legislador español de la Directiva 2011/93/UE no ha supuesto en realidad una adaptación de la misma a nuestro derecho interno, al haberse trasladado literalmente al Código Penal varios artículos de la Directiva, introduciendo nuevos conceptos jurídicos indeterminados que conviven con otros tradicionales expresados en otros preceptos no reformados, además de expresiones novedosas y ajena a la cultura jurídica española, anticipándose así la posible confusión a la que podrá verse abocado el intérprete de la ley. También considera SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ que con la transposición al Derecho español de la Directiva se ha ido mucho más allá de lo que la misma requería, con la configuración

² F. Molina Fernández (dir. y coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015, 9213. En opinión de los autores, en España, este proceso ha tenido lugar mediante reformas irreflexivas hasta parecer espasmódicas, que culminan con la LO 1/2015, norma que convierte la regulación de los delitos sexuales en un verdadero galimatías, creando gravísimas incoherencias internas de la tipificación.

³ J. L. González Cussac (dir.), E. Górriz Royo y A. Matallín Evangelio (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, 2^a edición, Prefacio. No obstante, coincidimos con este autor en que la excusa del art. 183 quáter CP, a través de la jurisprudencia y del criterio que sostenga el Ministerio Fiscal, podrá corregir esta disfunción.

⁴ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., Delitos contra la libertad sexual. En: Reforma del Código Penal, Parte Especial. Publicaciones del CENDOJ, CGPJ, Septiembre 2015, p. 1.

de unos tipos novedosos e innecesarios, la ampliación del ámbito de aplicación de los que ya existían y el endurecimiento generalizado de penas⁵.

Finalmente, también desde la jurisprudencia se han deslizado notables críticas hacia la reforma de 2015 en materia de delincuencia sexual, de las que constituye muestra evidente la STS nº 355/2015, de 28 de mayo, al precisar, con cita de las SSTS nº 411/2014, de 26 de mayo y nº 553/2014, de 30 de junio, que “la laberíntica regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el CP 95, que ha sufrido múltiples modificaciones desde la aprobación del mismo, siempre en el sentido de endurecer su tratamiento penal y de procurar contemplar toda agravación previsible, regulación ahora reforzada con un indisimulado sesgo moralizante tras la reforma operada por la LO 1/2015, aconseja analizar con extremada atención la posibilidad, no remota, de incurrir en “bis in idem” sancionando doblemente una misma conducta o motivo de agravación”.

2. Nuevo tratamiento penal de los abusos sexuales

2.1. Abuso sexual fraudulento y por prevalimiento: artículo 182 CP

Se sancionan en el artículo 182.1 CP dos conductas distintas, sobre las que no obstante parte de la doctrina conviene, bien en la conveniencia de su desaparición –en lo que respecta a la primera de las modalidades típicas-, por carecer de entidad y elementos ofensivos suficientes al bien jurídico que se trata de proteger para integrar un tipo penal autónomo, bien en la ineeficacia e innecesariedad de su tipificación –en lo que respecta a las conductas con prevalencia de posición-, por entrar en colisión con alguna de las modalidades de abusos sexuales sancionadas en el artículo 181 CP⁶.

Además, debe tenerse presente que a partir de la reforma operada por LO 1/2015, y en atención a la redistribución de edades que se realiza entre los distintos tipos penales dedicados a la tipificación de los abusos sexuales, quedando reservado el art. 182 CP a los abusos cometidos sobre menores entre 16 y 18 años, y habiéndose introducido un nuevo Capítulo II bis bajo la rubrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, si bien la regulación de los abusos sexuales comunes previstos art. 181 CP no sufre modificación, su ámbito de aplicación queda ya reducido a los cometidos exclusivamente sobre personas mayores de 18 años.

2.1.1. Abuso sexual fraudulento

El artículo 182.1 CP sanciona en primer término, con pena de prisión de uno a tres años, al que interviniendo engaño realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho.

La razón de la reforma de este precepto se encuentra en la criminalización, a partir de la LO 1/2015, de todo tipo de contacto sexual con menores de 16 años, al haberse modificado la edad para la válida prestación del consentimiento, que antes de la reforma se situaba en los 13 años. Consecuencia de ello, al haberse creado un capítulo específico que comprende la sanción de los abusos y agresiones sexuales sobre menores de 16 años, se hacía necesaria la reforma del delito de abuso fraudulento frente a menores de entre 13 y 16 años, anteriormente comprendida en el art. 182 CP.

La supervivencia del denominado delito de estupro fraudulento, recogido originariamente en el art. 435 del Código Penal de 1973, ha merecido severa crítica por parte de un amplio sector doctrinal, que no encuentra justificación del fin preventivo pretendido por el legislador en este caso, al no responder la tipificación de esta conducta a una necesidad real de protección, aten-

⁵ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP”, en J. L. González Cussac (dir.), E. Górriz Royo y A. Matallín Evangelio (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, 2ª edición, pp. 574-591.

dida la realidad social y cultural vigente en nuestros días, donde parece afortunadamente superada la antigua promesa de matrimonio de épocas pasadas como supuesto más característico del engaño⁷.

Algunos autores entienden que, pese a sancionarse expresamente el empleo de engaño sobre la víctima para la consecución de su participación en el acto sexual, el acento de la infracción debe situarse en el elemento de prevalimiento que indica la edad del sujeto pasivo, lo que, como criterio de interpretación para la aplicación del tipo, habría de conllevar la exigencia de que entre sujeto activo y sujeto pasivo exista una diferencia de edad relevante, a pesar de que tal previsión no se contenga en la vigente regulación legal, y ello con el fin de evitar situaciones absurdas en los supuestos en los que el “engaño” provenga de una persona de 18 años frente a una de 17 años y 11 meses, por ejemplo, y toda vez que la cláusula de exclusión de la responsabilidad criminal del art. 183 quáter CP sólo resulta de aplicación a los delitos cometidos sobre menores de 16 años⁸.

2.1.2. Abuso sexual por prevalimiento

Novedosa es la previsión también contenida en el art. 182.1 CP, por el que se castiga con idéntica pena de 1 a 3 años de prisión, al que realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

Entre la doctrina ha sido criticado que se otorgue la misma previsión penológica para los dos supuestos de abusos previstos en el art. 182.1 CP, a pesar de resultar evidentes las diferencias existentes en cuanto a la lesividad que suponen para el bien jurídico protegido⁹.

La expresión “posición reconocida” que antecede a la confianza, autoridad o influencia que el autor de los abusos haya de emplear sobre la víctima fue cuestionada por el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de fecha 20 de diciembre de 2012 (en adelante, Informe del Consejo Fiscal), apuntando a la falta de claridad sobre la pretensión del legislador al exigir ese “reconocimiento”, señalando que si lo que se pretendía es la exigencia de un plus en el abuso, debiera haberse incorporado expresamente una previsión del tipo “con manifiesto abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia”.

La jurisprudencia (por todas, y como más reciente, la STS nº 299/2016, de 11 de abril) precisa que “El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003 de 18 de septiembre; 935/2005 de 15 de julio; 785/2007 de 3 de octubre; 708/2012 de 25 de septiembre; 957/2013 de 17 de diciembre o 834/2014 de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento vi-

⁶ En este sentido, SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*; y ORTS BERENGUER, E., “Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores”, en *Los delitos contra la libertad sexual. Ponencias de formación continuada*, Fiscalía General del Estado, 17 de octubre de 2013, pp. 3-6.

⁷ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., *op. cit.*, p. 5.

⁸ En este sentido, F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9382. Se ofrecen aquí, además, contundentes razones a favor de la supresión de la figura del abuso sexual fraudulento, cuya justificación se cuestiona de forma especial desde la reforma de la LO 1/2015, al no encontrarnos ya ante un engaño frente a adolescentes de 13 a 16 años, como ocurría hasta el momento de su entrada en vigor, sino de jóvenes de 16 a 18 años, respecto de los cuales la situación más común será su plena incorporación a las actividades sexuales, opinión que consideramos plenamente acertada y acorde con la realidad sociocultural actual.

⁹ Esta es la opinión que encontramos en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9380, donde se califica este tratamiento paralejo de ambas conductas como una muestra más de la completa falta de criterio del legislador de la reforma operada por la LO 1/2015.

ciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento”.

Por otra parte, no pueden desconocerse los problemas concursales que presenta esta figura respecto del delito de abuso sexual por prevalimiento genérico, al apuntar las circunstancias de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima previstas en el art. 182.1 CP (conceptos directamente tomados del art. 3.5 de la Directiva 2011/93/UE), de forma inequívoca, a una situación de hegemonía o superioridad sobre el menor identificable con la que se describe en el art. 181.3 CP, que sanciona al que sin violencia o intimidación realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, cuando el consentimiento se obtenga “prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. Una interpretación literal de las previsiones contenidas en el Código Penal implicaría alcanzar soluciones manifiestamente injustas o absurdas, como se ha puesto de manifiesto de forma generalizada entre la doctrina, como por ejemplo que el abuso cometido contra personas de 16 y 17 años con invasión corporal fuera sancionado con una pena muy inferior a la que correspondería a la misma conducta cometida contra personas adultas¹⁰ (en este sentido, siguiendo el supuesto de hecho ofrecido, y para el caso de que el abuso implicara penetración, la aplicación del tipo cualificado del art.182.2 CP determinaría una previsión penológica de entre 2 y 6 años de prisión, si la víctima tuviera entre 16 y 18 años, mientras que para el caso de que la víctima fuera mayor de edad, resultaría aplicable la agravación del art.181.4 CP, que prevé pena de 4 a 10 años de prisión).

Esta significativa paradoja, que determina la mayor sanción de la conducta menos grave, deberá llevar a estimar que nos encontramos ante un concurso de normas, a resolver conforme al principio de alternatividad del art. 8.4 CP, como remedio ante la falta de coherencia de la redacción introducida por la LO 1/2015¹¹.

2.2. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años: Capítulo II bis

2.2.1. Consideraciones generales

La nueva redacción dada al Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del CP -ya introducido en la reforma de 2010 con referencia a los menores de 13 años-, que ahora lleva por rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, constituye una de las principales novedades de la reforma operada por la LO 1/2015, tal y como se encarga de destacar el propio Preámbulo de la norma: “Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos -donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años- y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”.

Bajo este nuevo marco punitivo, concluye el Preámbulo de la Ley que “De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona

¹⁰ Así se destaca en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9365, 9384.

¹¹ Esta es la solución propuesta en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9384, y que parece razonable compartir.

próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Y se establecen agravaciones si, además, concurre violencia o intimidación, o si los abusos consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”.

La modificación de la edad de consentimiento sexual, rebajándola de los 16 a los 13 años, no es cuestión baladí, apuntando a una clara decisión de política criminal que implica importantes consecuencias prácticas, y que ha tenido su propia evolución durante la tramitación del Anteproyecto, que primero mantenía el *statu quo* anteriormente existente, para posteriormente elevar la edad de consentimiento a los 15 años, situándola en el último de los textos sometidos a la tramitación parlamentaria en los 16 años, que es finalmente la edad que ha tenido plasmación en el vigente Código Penal¹².

A este respecto, señala GALDEANO SANTAMARÍA que como consecuencia de la elevación de la edad de consentimiento de 13 a 16 años, conductas que hasta ahora eran atípicas como las relaciones sexuales consentidas (sin mediar violencia, engaño o prevalimiento de superioridad) con personas de 13, 14 y 15 años, ahora se tipifican y sancionan con penas elevadísimas, que en el supuesto más grave pueden llegar a los 12 años de prisión¹³, lo que entre otros motivos pudiere explicar que el legislador haya prescindido en la descripción de los abusos sexuales del art. 183.1 CP de la expresión “actos que atenten contra la indemnidad sexual¹⁴”, que había suscitado fundadas dudas entre la doctrina por su falta de definición y taxatividad, sustituyéndola por la de realización de “actos de carácter sexual”.

En el mismo sentido, recuerda SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ cómo la decisión final del legislador de elevar la edad de consentimiento sexual hasta los 16 años, no ha estado exenta de polémica, por el brusco giro que supone en la política criminal sexual española: “Se presume que tales menores carecen de la capacidad y de la madurez suficientes para conocer el significado de la sexualidad y conducirse en consecuencia; y se presume sin excepciones, pues aunque un menor de aquella edad la comprendiera perfectamente, y aceptare y aun buscase una relación con un adulto, se le seguiría teniendo por incapaz para consentir de manera válida y eficaz”¹⁵.

Asimismo se ha señalado por la doctrina¹⁶ que la decisión de pasar a un generalizado endurecimiento de la regulación de la que forma parte el cambio de la edad relevante no se ha visto acompañada de una adecuada diferenciación entre los delitos cometidos frente a adolescentes y contra niños de corta edad, existiendo en muchos puntos de la regulación una proximidad en las penas que no refleja las enormes diferencias de lesividad¹⁷.

¹² Entre la jurisprudencia encontramos algún pronunciamiento que parece alinearse con el legislador de 2015, por ejemplo la STS nº 813/2015, de 7 de diciembre, analiza un supuesto de abusos sobre una menor de edad, concretamente de quince años, que se califica como “edad muy temprana para el libre consentimiento sexual, como el legislador ha disciplinado a partir de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que lo sitúa en los diecisésis años (art. 183.1)”.

¹³ GALDEANO SANTAMARÍA, A.M., *op. cit.*, p. 6.

¹⁴ En este contexto, la STS nº 652/2015, de 3 de noviembre, con cita de la STS 476/2006, de 2 de mayo, recuerda cómo la jurisprudencia describe el bien jurídico de la indemnidad sexual como “... el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”.

¹⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, pp. 574-591

¹⁶ F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9401. Se critica por los autores que la considerable ampliación del ámbito de criminalización que implican reformas como la subida de la edad límite para la prestación del consentimiento sexual de los 13 a los 16 años, además de las nuevas infracciones incorporadas al Código Penal, “deriva sobre todo de un ambiente político-criminal en el que las conductas de significación sexual cometidas contra menores ocupan una posición central en la demanda de sanciones más duras, además de una opción específica del legislador español por elegir siempre penas especialmente elevadas, en varias ocasiones, duplicando o incluso triplicando las penas mínimas prescritas por los instrumentos de armonización de la Unión Europea”.

¹⁷ En este sentido se pronuncia DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, Análisis crítico de la regulación de los delitos contra la indemnidad sexual según el proyecto de reforma de 2013, p. 12: “Es difícil de entender que en una sociedad mínimamente estable una conducta que a día de hoy es legal (mantener relaciones sexuales consentidas con persona de 15 años, por ejemplo) pase súbitamente a ser penada con ocho a doce años de prisión (más pena que la violación a un adulto y casi la pena prevista para el homicidio); y que el mismo marco penal sea el establecido para conductas brutales como, por ejemplo, mantener relaciones sexuales con una persona de 5, 6 o 7 años”.

Por otra parte, debe llamarse la atención sobre los supuestos de simetría de edades entre abusador y abusado, toda vez que el artículo 183 CP es también aplicable a las conductas ejecutadas por menores de 14 a 17 años, como recordaba el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto, para justificar la conveniencia de introducir la necesidad de asimetría de edades cuando los actos sexuales sean realizados por menores.

A tal respecto, y en referencia a las soluciones propiciadas entre los países de nuestro entorno, se señalaba cómo en Italia no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años (609 quater); en Austria, si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, siempre que la acción sexual no consista en la penetración con un objeto, y el hecho no haya tenido como consecuencia lesiones graves o la muerte del menor, el autor no es castigado, salvo que el menor no haya cumplido los 13 años (parágrafo 206); cuando la acción no consista en el acto sexual, si la edad del autor no supera la de la víctima en más de 4 años, no se han producido lesiones graves ni la muerte del menor, no se impone pena, salvo que el menor no haya cumplido los 12 años (parágrafo 207). En Suiza también se establece la impunidad cuando la diferencia de edad es menor de 3 años (art. 187). La legislación que quizás establezca el mejor criterio es la noruega, al fijarse en si el autor era de edad o desarrollo parecido a la víctima art. 195). También el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 2013 se hacía eco de esta realidad y de la falta de previsión por parte del legislador español.

Finalmente, este aumento de la edad de consentimiento sexual, pese a la introducción de una cláusula de exclusión de la responsabilidad penal prevista en el art. 183 quáter -que más adelante será examinada-, colisiona con situaciones permitidas en el ámbito del Derecho civil, en relación a ciertos derechos reconocidos a los menores de dieciséis años, siendo acaso el ejemplo claro la posibilidad de dispensa de edad del mayor de 14 años para contraer matrimonio que permitía el artículo 48 del Código Civil en su redacción anterior a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que entró en vigor el 23 de julio de 2015. Sin embargo, en el Derecho aragonés, el menor de edad mayor de 14 años que, con beneplácito de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, o mediando justa causa, viva con independencia económica de ellos, será reputado para todos los efectos como emancipado, lo cual habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (arts. 32 y 33 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), y le permite contraer matrimonio (art. 46.1º CC), lo que determinará que en los casos de menores que hayan contraído válidamente matrimonio, estén judicialmente emancipados o sean asimilados a éstos por su Ley personal -aun extranjera-, cuando mantengan relaciones sexuales -bien con su cónyuge o incluso con un tercero-, la conducta deba ser considerada atípica, o bien excluida de pena al concurrir causa de justificación¹⁸.

2.2.2. Abusos y agresiones sexuales: artículo 183 CP

2.2.2.1. Abusos sexuales a menores de 16 años

El artículo 183.1 CP, además de aumentar el límite de edad de la víctima hasta los dieciséis años, prescinde, como ya hemos visto, de la expresión “actos que atenten contra la indemnidad sexual” y la sustituye por la más genérica “actos de carácter sexual”, lo que precisará de la correspondiente labor hermenéutica para identificar aquellos actos que por traspasar la línea o frontera de lo que pudiere corresponderse con muestras de afecto socialmente toleradas, supongan un verdadero ataque a la libertad, formación y socialización sexual de los menores, como bien jurídico protegido por la norma¹⁹.

¹⁸ Estas reflexiones se encuentran en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9413, al analizar el contenido de la cláusula de exclusión de responsabilidad del art. 183 quáter CP.

¹⁹ Para SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (*op. cit.*, pp. 574-591), los «actos de carácter sexual» incluirán todas aquellas acciones idóneas para excitar o satisfacer el apetito venéreo y que por su entidad y gravedad representan un ataque al bien jurídico protegido.

La STS nº 652/2015, de 3 de noviembre, señala que “La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido una modificación en el art 183 1º CP al suprimir la referencia a la tutela de la indemnidad sexual del menor. La desaparición de la indemnidad sexual en la descripción de los actos prohibidos en el art 183 1º CP responde exclusivamente a un prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma, sesgo doctrinal que lamentablemente se aprecia en muchos otros preceptos de la reforma. Pero esta modificación no afecta al ámbito de comportamientos prohibidos que siguen siendo los mismos, pues cualquier abuso sexual como el enjuiciado en esta causa puede ser calificado como “acto que atente a la indemnidad sexual de un menor” (redacción anterior), o como “acto de carácter sexual” (redacción actual), aunque es cierto que el cambio sí afecta a la configuración del bien jurídico protegido tal y como se había definido por esta Sala, reduce innecesariamente la calidad técnica del precepto y retoma un tono moralizante, que se había superado en la redacción anteriormente vigente”.

En la misma línea, la más reciente STS nº 301/2016, de 12 de abril, precisa cómo “en la actualidad, a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015, 30 de marzo, que ha elevado la franja cronológica para ser considerado víctima de este delito, se ha suprimido la referencia al bien jurídico protegido, sustituyendo la mención a la indemnidad sexual por una mención más amplia a “... actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”. Este cambio legislativo, que la STS 652/2015, 3 de noviembre atribuye a un “... prurito doctrinal del sector responsable de la redacción de la reforma”, no debe interpretarse más allá de una rectificación semántica que no modifica el criterio de esta Sala respecto a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido cuando el menor de edad es el destinatario de un ataque de carácter sexual (cfr. SSTS 331/2004, 16 de marzo o 604/2012, 20 de junio, entre otras muchas). De hecho, el epígrafe que rotula el título VIII del Libro II sigue incluyendo una alusión expresa a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido”.

Por otra parte, en este ámbito concreto ha destacado la doctrina que deberán tenerse en cuenta los problemas de error sobre la edad del sujeto pasivo, así como la prohibición de apreciar en las agresiones sexuales por partida doble la edad de la víctima, para modular la intimidación y para agravar la conducta, so pena de incurrir en *bis in idem*²⁰.

2.2.2.2. Agresiones sexuales a menores de 16 años.

La conducta típica definitoria de las agresiones sexuales a menores de edad comprendida en el artículo 183.2 CP permanece prácticamente idéntica a la existente con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015, reduciéndose los cambios a meros retoques en la descripción de la conducta lesiva al bien jurídico protegido, que pasa de “el ataque (que) se produzca con violencia o intimidación” a “los hechos (que) se cometan empleando violencia o intimidación”, en consonancia con la descripción típica del art. 183.1 que se refiere, como hemos visto, a los “actos de carácter sexual”.

Se añade no obstante una importante previsión, al establecer el apartado 2º del art. 183.2 CP la imposición de las mismas penas (de cinco a diez años de prisión) “cuando mediante violencia o intimidación se compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo”, lo que viene a aclarar las dudas existentes sobre la necesidad de contacto físico entre el agresor sexual y su víctima²¹, sin perjuicio de en-

²⁰ F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9402.

²¹ Como recuerda la STS nº 652/2015, de 3 de noviembre, “Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciembre, decíamos que “... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. (...). Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual. Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a

tender la generalidad de la doctrina que tales conductas ya quedaban incluidas en la anterior descripción típica de las agresiones sexuales.

En cuanto a la caracterización de las circunstancias de violencia e intimidación para mutar en agresión sexual el abuso sexual sobre menores, la STS nº 355/2015, de 28 de mayo, nos recuerda cómo “la norma penal establece una presunción iuris et de iure sobre la ausencia de consentimiento de cualquier acción sexual realizada con un menor de trece años” -si bien actualmente la referencia debería situarse en los dieciséis años, como consecuencia de la vigente regulación-, y ello “por estimar que la inmadurez síquica de los menores les impide la libertad de decisión necesaria, por lo que estas acciones son constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual. La transformación en agresión sexual exige la concurrencia adicional de fuerza o intimidación en sentido propio, pues constituiría una duplicidad punitiva valorar repetidamente la minoría de edad como determinante absoluta de la tipicidad de las acciones sexuales realizadas, y adicionalmente como elemento que califica de violento o intimidativo un comportamiento que en sí mismo no reviste dicha caracterización”.

Para seguir indicando que “como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013). Pero también ha señalado la doctrina de esta Sala, (SSTS 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero, entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado”.

2.2.2.3. Circunstancias agravantes: art. 183.3, 4, y 5 CP

El subtípico agravado del artículo 183.3 CP permanece invariable tras la reforma, castigando con las penas de prisión anteriormente previstas de ocho a doce años, en el caso de los abusos a menores, y de doce a quince años, en el caso de las agresiones a menores, los ataques consistentes en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. La copiosa y conocida jurisprudencia existente sobre las distintas modalidades de comisión del acto sexual con penetración excusa su referencia en el presente trabajo, por cuanto se trata aquí de destacar las novedades introducidas por la reforma penal de 2015.

En cuanto a las agravaciones específicas previstas en el artículo 183.4 CP -que prevé la sanción de las conductas previstas en los apartados anteriores del precepto con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior-, tras la reforma operada por LO 1/2015 se mantienen las circunstancias anteriormente vigentes tras la modificación del CP por LO 5/2010 (a saber: cuando la víctima sea menor de cuatro años, o cuando estuviera en situación de total indefensión por su escaso desarrollo intelectual o físico, o por padecer un trastorno mental; cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; cuando la violencia o intimidación ejercida revistan carácter particularmente degradante o

un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre), son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores”.

vejatorio; cuando el autor se prevaliera de una relación de superioridad o parentesco con la víctima; cuando la infracción se cometiera en el seno de una organización o grupo criminal dedicada a la realización de tales actividades), añadiéndose en el apartado e) la siguiente: “cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima”.

En relación a esta nueva agravación, se extiende la protección anteriormente existente respecto de las conductas cometidas por imprudencia grave y no solo a las dolosas, y asimismo cuando con aquéllas se hubiere generado peligro, no sólo para la vida de la víctima, sino también para su salud. Entre la doctrina dicha ampliación del subtipo agravado ha merecido una acogida favorable, y ello por cuanto no será infrecuente que el autor no busque una deliberada afección de la vida o salud de la víctima pero sí se conduzca de forma gravemente imprudente y con posible causación de resultados indeseados para tales bienes jurídicos; y asimismo, por entender que la puesta en peligro de la salud, siempre que ello sea de manera relevante, debe equipararse a la puesta en peligro de la vida, proponiendo como criterio interpretativo sistemático la remisión al art. 180.1.5^a, alusivo al uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas²².

Sin embargo, se mantiene una generalizada crítica hacia el sistema de agravación contemplado en el art. 183.4 CP, por cuanto implicando la imposición de unas penas de enorme entidad, se equiparan distintas situaciones que presentan importantes diferencias de lesividad, previéndose, por ejemplo, idéntica pena máxima para quien mantenga relaciones sexuales con penetración con un menor de 15 años y con un menor de un año, supuestos de hecho que debieran merecer, en buena lógica, un tratamiento punitivo dispar por parte del legislador²³.

Finalmente, el art. 183.5 CP mantiene con su redacción anterior la agravación específica para los supuestos en los que el delito sea cometido por autoridad, agente de ésta o funcionario público, en los que se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

2.2.3. Determinación a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacer presenciar actos de carácter sexual: art.183 bis CP

Entre las novedades introducidas por la LO 1/2015, su propio Preámbulo destaca que “por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión”.

Se prevén no obstante dos conductas distintas, como modalidad del delito de abusos sexuales, de lo que en el ámbito del Convenio de Europa se denomina “corrupción de menores”, y en la Directiva 2011/93/UE “infracción relacionada con abusos sexuales”.

2.2.3.1. Determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual

Esta nueva infracción, introducida por la LO 1/2015, viene a sustituir el anterior delito de corrupción de menores del artículo 189.4 CP, que sancionaba con la pena de prisión de seis meses a un año al que hiciera participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudicara la evolución o desarrollo de la personalidad de éste. El nuevo delito prevé penas de 6 meses a 2 años de prisión para “el que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos”, de modo que se elimina la arcaica e imprecisa previsión del perjuicio para el futuro desarrollo de la personalidad

²² En este sentido, SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (*op. cit.*, pp. 574-591).

²³ F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9403.

del menor²⁴, al tiempo que se eleva el rigor punitivo para este tipo de conductas, siempre que concurra en ellas la “finalidad sexual” exigida por el tipo, que conllevará la exclusión, por atípicas, de aquellas acciones apartadas de la intención de procurar a su autor un placer venéreo o libidinoso.

En lo que respecta a la primera de las conductas típicas incluidas en el tipo -determinar a un menor de diecisésis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual-, el verbo nuclear que vertebría el nuevo tipo penal en esta hipótesis conductual supone, según su definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “Ser causa de que algo ocurra o de que alguien se comporte de un modo determinado”. Es por ello que parece acertado concluir, con SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, que “determinar” sin más no puede implicar el empleo de violencia, intimidación o cualquier género de coerción sobre el menor, pues de ser éstos los modos comisivos, estaríamos ante otros hechos delictivos de mayor gravedad como sería una agresión sexual del art. 183.2 último párrafo (constreñimiento a participar en actos de naturaleza sexual, penado con hasta diez años de prisión); y tampoco puede presuponer la prevalencia de una relación de superioridad o parentesco -que nos situaría ante un conflicto de normas con los abusos sexuales del art. 183 en sus modalidades agravadas del apartado 4º-, ni siquiera el empleo de una simple persuasión o consejo, que nuevamente colisionaría con los abusos sexuales del art. 183 CP.

No obstante, y pese a la opinión contraria de algún autor, conviene la mayoría de la doctrina que «determinar a participar» no puede significar que el sujeto activo lleve a la víctima a mantener el contacto sexual con él mismo, ya que de lo contrario, se estaría criminalizando exactamente la misma conducta que el CP castiga en el art. 183.1 con una pena mucho más severa (de 2 a 6 años de prisión o de 5 a 10, en caso de contacto con invasión corporal), de manera que el precepto carecería de ámbito de aplicación. Desde luego parece evidente que menos problemático, a la hora de interpretar el tipo, hubiere sido optar por una redacción similar a la del Código Penal alemán, que sanciona a quien promueve un contacto sexual con un menor de 16 años a través de una «mediación» u ofreciendo o facilitando una posibilidad de establecer tal contacto sexual con un tercero, si bien debiendo recordarse que el legislador nacional viene exigiendo para la tipificación de la conducta que el mediador o promotor del contacto actúe con fines sexuales, en los términos anteriormente previstos²⁵.

Igualmente el nuevo tipo penal plantea problemas concursales con las formas de participación en el delito de abuso sexual cometido por tercero (art. 183.1 CP), así como con la modalidad del delito de corrupción de menores del art. 189.1 a) CP, que habrán de solventarse conforme a los criterios previstos en el art. 8 CP.

La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el nuevo tipo penal, señalando que “en principio el tipo explicita que los hechos deben responder a una finalidad sexual y no exige ningún efecto en la evolución del menor, aunque la virtualidad del comportamiento a tal fin debe presuponerse. Sin embargo limita la tipicidad del comportamiento a que la víctima sea menor de diecisésis años, por lo que rebasado ese límite de edad el comportamiento es atípico” (STS nº 299/2016, de 11 de abril).

2.2.3.2. Determinar a un menor de 16 años a presenciar actos de carácter sexual

La segunda de las modalidades típicas introducidas en el art. 183 bis CP es la relativa a hacer presenciar a un menor de 16 años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, sancionándose con la misma pena que la primera de las conductas típicas, que sin em-

²⁴ SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (*op. cit.*, pp. 574-591) celebra la desaparición de dicho elemento del antiguo tipo de corrupción de menores, ciertamente de imposible prueba, pues aunque se pudiera constatar que algún menor o incapaz hubiera sufrido algún perjuicio en la evolución o desarrollo de su personalidad, y también que hubiera participado en algún momento de su vida en un comportamiento de naturaleza sexual, lo que no parecía posible era llegar a la conclusión de que aquél derivara necesariamente de éste con exclusión de otros posibles factores causales.

²⁵ En estos términos se pronuncia F. Molina Fernández (*dir. y coord.*), *op. cit.*, 9405.

bargo se eleva desde uno a tres años de prisión cuando los actos de los que se haga testigo al menor puedan ser calificados como abusos sexuales.

Si bien la razón de esta agravación penológica según se haga presenciar al menor meros comportamientos sexuales, o bien actos de carácter sexual que puedan ser calificados como abusos, se encuentra en la transposición del texto de la Directiva europea, que exige tal distinción en el tratamiento penal de la conducta, resulta escasamente fundamentada desde el punto de vista dogmático, por cuanto la lesividad para la libertad sexual del menor en uno y otro caso puede llegar a ser idéntica, amén de no comprenderse por qué no se establece una agravación de la pena cuando lo que se le haga presenciar al menor sean agresiones sexuales, por cuanto aquí sí existirá un plus de violencia o coerción sobre la víctima que, lógicamente, causará mayor impacto al menor al que se le hace testigo de dicha conducta.

Por otra parte, también esta conducta entra en conflicto con los delitos de exhibicionismo de los arts. 185 y 186 CP: respecto del primero de los delitos (que sanciona los actos de exhibición obscena ante menores de edad), cuando las víctimas tuvieran menos de 16 años, por el principio de especialidad tales actos se sancionarán conforme al art. 183 bis, quedando reservado el art. 185 para los actos cometidos sobre menores de 16 y 17 años, sancionándose con pena notoriamente inferior (6 meses a un año de prisión, o multa de 12 a 24 meses)²⁶. En cuanto al concurso con el delito del art. 186 CP, que castiga, entre otras conductas, la exhibición de material pornográfico entre menores de edad, parece claro que el art. 183 bis exigirá que el menor presencie actos de carácter sexual de manera directa, y no previamente grabados o editados y exhibidos al menor en cualquier género de soporte audiovisual o virtual, por cuanto dichos hechos encajarían en el delito de exhibicionismo del art. 186²⁷.

2.2.4. Acoso, acercamiento y embaucamiento por medio de tecnologías de la comunicación: art. 183 ter CP

Una de las novedades más importantes de la nueva regulación penal de 2015 es la relativa al ciberacoso sexual a menores de dieciséis años, el conocido como delito de *grooming* o *child grooming*, al que se le dota de una ampliada descripción típica, señalando el Preámbulo de la LO 1/2015 que la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

La relación del este delito con el denominado delito de *sexting* del art. 197.7 CP, que cuenta con un capítulo específico entre los que integran este volumen, hace que en el mismo se aborde por los autores el análisis de aquellas conductas que se dirigen al embaucamiento de menores de edad con el fin de que los mismos participen activamente en conductas consistentes en la difusión de imágenes de relevancia sexual mediante tecnologías de la comunicación, en particular, a través del teléfono. Resulta por ello obligado emplazar a la lectura del capítulo reservado al delito de sexting para la adecuada comprensión de las conductas sancionadas por el legislador en el art. 183 ter CP, efectuando allí los autores un completo análisis de esta figura de abuso sexual, tanto en la modalidad típica clásica referida a las proposiciones de encuentro a menores con fines sexuales por medios tecnológicos, como en la novedosa relativa al embaucamiento para la obtención de material pornográfico.

²⁶ Tal desproporción en las penas, amén de la diferente redacción típica para sancionar conductas que podrían integrarse en uno u otro precepto, ha motivado la crítica, entre otros, de F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9406, que entiende sin embargo que tales supuestos deberán resolverse mediante la regla de la alternatividad del CP art.8.4º.

²⁷ En este sentido, SÚAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *op. cit.*, y GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., *op. cit.*, p. 13.

2.2.5. Cláusula de exclusión de la responsabilidad penal: art. 183 quáter CP

Dispone el artículo 183 quáter CP, en la redacción dada por la LO 1/2015, que “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Este precepto, a modo de cláusula de cierre del Capítulo II bis del Título VIII, recoge un supuesto de atipicidad de la conducta, de necesaria previsión al haberse elevado la edad de consentimiento sexual hasta los 16 años, habilitando una vía para dotar de una mínima razonabilidad, coherencia y sentido común a los problemas y distorsiones que podían suscitarse en la práctica en los supuestos de simetría de edad y evolución o desarrollo entre supuestos agresor y víctima sexual -eliminada la irrelevancia normativa del consentimiento, el comportamiento carece de toda relevancia penal-.

Entre la doctrina se ha criticado que el legislador español no haya seguido los ejemplos del Derecho comparado donde para evitar la inseguridad jurídica se ha optado por fijar una diferencia de edad taxativa, como ocurre en los países anglosajones donde la cláusula analizada es conocida como *Romeo and Juliet exception*, o en diversos países de nuestro entorno europeo, donde existen exenciones de responsabilidad penal similares a la del art. 183 quáter y aplicables en caso de que quienes mantienen relaciones sexuales por debajo de la edad mínima de consentimiento tengan una edad o un desarrollo cercanos. Siguiendo en este punto el análisis efectuado por RAMOS VÁZQUEZ²⁸, entre las regulaciones en las que el consentimiento opera como eximiente cabe distinguir entre las que fijan taxativamente una diferencia de edad (como, por ejemplo, sucede en determinados territorios de los Estados Unidos -en Texas se prevé la exención de responsabilidad penal si la diferencia entre el menor de edad sexual y quien realiza actos sexuales con él no supera los cuatro años-, o en países europeos como Italia o Suiza -diferencia de tres años-, o Austria -diferencia de tres o cuatro años, en función de la práctica sexual-) y los ordenamientos como el noruego, que ponen el acento en la circunstancia de que exista, alternativamente, o una corta diferencia de edad o un similar grado de desarrollo.

En todo caso, como recuerda GALDEANO SANTAMARÍA²⁹, de forma unánime entre la doctrina se venía afirmando con anterioridad a la previsión de esta cláusula, que en la medida en que la protección penal del menor se dirige a garantizarle una libre formación y desarrollo de su sexualidad de cualquier injerencia de tipo sexual, cuando se trata de conductas voluntarias realizadas entre menores como parte del proceso de iniciación de su sexualidad, la intervención penal pierde su sentido o razón de ser.

Y éste era el mismo sentir de la Fiscalía General del Estado, cuando en su Circular 9/2011 de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, venía a señalar que “No todo hecho subsumible formalmente en un tipo es de manera automática penalmente relevante. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. (...) En este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalecimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible (...) Ha de considerarse también que cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila. Por tanto, antes de formular alegaciones contra un menor por delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las

²⁸ RÁMOS VÁZQUEZ, J. A., “El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales”, en J. L. González Cussac (dir.), E. Górriz Royo y A. Matallín Evangelio (coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, 2015, 2^a edición, pp. 599 a 606.

²⁹ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., *op. cit.*, p. 10.

consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores (...) Estas pautas también son extensibles al nuevo delito de captación de niños y niñas por medio de internet con fines sexuales (grooming) (art. 183 bis CP) al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP)". Parecer que queda igualmente plasmado en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto, al advertirse que "teniendo en cuenta que es frecuente que no sólo la víctima, sino también el victimario sean menores de edad, sería aconsejable que el tipo exigiera la concurrencia de una mínima diferencia de edad entre uno y otro, pues la antijuridicidad queda difuminada cuanto víctima y victimario son prácticamente de la misma edad (ej.: cuando quien pide las imágenes tiene catorce años y quien es solicitada tiene cerca de los trece). En este sentido debe repararse en que la Directiva impulsa la tipificación de esta conducta cuando es cometido por un adulto".

Entrando en el análisis del precepto, entre la doctrina se han puesto de manifiesto como principales problemas de interpretación y aplicación de la cláusula los siguientes:

a) Contrariamente al criterio interpretativo que sostenía la Circular FGE 9/2011, y al que dicta el sentido común, la operatividad de la exención de responsabilidad queda limitada a los delitos del Capítulo II bis del Título VIII CP, excluyéndose en otros delitos del mismo Título en los que parecería que tal cláusula exoneradora de responsabilidad penal gozaría de idéntico fundamento y finalidad, como por ejemplo los delitos de exhibición de pornografía a menores, la realización de actos de exhibición obscena ante ellos o la posesión de pornografía en la que aparezcan representados³⁰. Debiendo lamentar, con RAMOS VÁZQUEZ, que el legislador no haya optado por una mayor apertura de la cláusula, ofreciendo cobertura a todos los delitos sexuales en los que estén en juego bienes jurídicos de un menor que ha consentido libremente su lesión por parte de alguien cercano a él «en edad y grado de desarrollo o madurez».

b) Del tenor de la cláusula se desprende la exigencia cumulativa, y no alternativa, de la proximidad al menor por edad y por grado de desarrollo o madurez. RAMOS VÁZQUEZ centra la crítica a esta doble exigencia por los siguientes motivos: en primer lugar, el sentido del establecimiento de una diferencia cronológica tasada es el de ofrecer seguridad jurídica, que sin embargo queda dañada cuando se introducen criterios adicionales o cumulativos como el del grado de madurez o desarrollo, de evidente vaguedad; en segundo lugar, en la práctica el peso de la eximente gravita sobre el requisito del grado de desarrollo o madurez del menor, lo que implicará la práctica de prueba para su acreditación en juicio con el habitual reconocimiento e informe pericial de la persona menor, que en este caso precisará indagar en aspectos íntimos de los menores implicados en el seno de un proceso penal, lo convengo en que pudiera incidir en una innecesaria "victimización institucional", otorgándose un papel determinante al arbitrio del juzgador; en tercer lugar, por cuanto en estos supuestos, la madurez afectiva, el conocimiento del ámbito sexual, etc. juegan, en contra del reo, cuando se supone que tanto el comportarse con madurez como la adecuada formación en la esfera sexual son elementos que los adultos debemos inculcar a los adolescentes; por último, ante la falta de concreción acerca de la edad de los implicados (más allá de la mención genérica a que haya un menor de dieciséis y un autor de los delitos de similar edad y grado de desarrollo y madurez), nada impide en principio la aplicación de la exención de responsabilidad a mayores de edad, mientras que en cuanto al umbral o límite mínimo de edad a partir de la cual el consentimiento del menor operaría como eximente, existiendo cercanía o simetría entre las eda-

³⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *op. cit.*, se expresa en los siguientes términos: "A mi juicio, esto constituye un error, pues el legislador sigue sin ofrecer una solución integral y coherente a los desajustes que la diferencia entre la edad de consentimiento de relaciones sexuales y la mayoría de edad a la que se remiten los artículos 185, 186 y 189. El consentimiento de un menor de quince años respecto de otro menor de dieciséis podría tener, así, efectos eximentes si mantienen relaciones sexuales pero, por ejemplo, no si le exhibe pornografía, lo que carece de todo sentido. Pero es que, además, la remisión *in toto* al propio Capítulo II bis no es tan amplia como podría parecer, pues el artículo 183.2 requiere violencia o intimidación, el artículo 183 bis implica que se determine al menor, el 183 ter apartado segundo que se le embauque y el apartado primero incluye una agravación en caso de coacción, intimidación y engaño. Es decir, en realidad, el ámbito de aplicación del artículo aquí comentado se ciñe casi en exclusiva al artículo 183.1 y a algunos supuestos de grooming".

des y paridad en su grado de desarrollo y madurez, la excepción del art. 183 quáter gozaría en principio de plena virtualidad y eficacia³¹.

Otros autores añaden como motivo de crítica que la indeterminación e inseguridad jurídica de la cláusula de exención de responsabilidad resulta de especial preocupación en un ordenamiento procesal, como el español, que conoce el ejercicio de la acción penal a título de acusación particular o popular, y en el cual una primera investigación inicial es obligación del órgano de instrucción en orden a un correcto esclarecimiento de los hechos, con las graves consecuencias que ello puede suponer para la persona inicialmente investigada, en los términos antes mencionados³², y donde será más complicado que el Ministerio Fiscal pueda ejercer de filtro para evitar la indagación penal sobre aquellos casos que no presenten elementos que, a priori, justifiquen la intervención del *ius puniendi* estatal.

La Sala Segunda del TS ha tenido ya oportunidad de analizar la aplicación de la cláusula de exoneración de responsabilidad del art. 183 quáter CP a un supuesto de abusos sexuales en el que, en el momento de cometerse los hechos, el adulto tenía 46 años y la menor 11 años, pronunciándose el ATS nº 67/2016, de 21 de enero en el sentido de resultar evidente que en el caso de autos no será de aplicación la regla prevista: “Aun siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos “persona próxima por edad y madurez” no puede extenderse a supuestos como el presente (...). La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo”.

Para seguir argumentando que “En este sentido, como señala esta Sala en STS 739/2015, de 20 de noviembre: el Capítulo II bis del Título VIII CP, que lleva como rúbrica general “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, fue introducido por la reforma de la L.O. 5/2010, vigente desde el 24/12 del mismo año. El apartado primero del artículo 183 castiga al que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años, para subrayar la especial protección que el legislador otorga a los mismos, es decir, el bien jurídico protegido no es ya la libertad sexual sino la indemnidad de los menores de dicha edad. Ello es consecuencia de que aquél parte de la incapacidad de los menores de 13 años para consentir y ejercer el derecho a la libertad sexual. Afirmación que se ve reforzada con el agravamiento generalizado para los menores de 16 años tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015”.

3. Delitos de exhibicionismo y provocación sexual

3.1. Consideraciones generales

El Capítulo IV del Título VIII del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica “De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”, debe su actual redacción a la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, si bien en los dos artículos que integran el capítulo, la referencia al término “personas con discapacidad necesitadas de especial protección” ha sido introducida, en sustitución de la anterior referencia al término “incapaces”, por la LO 1/2015 de 30 de marzo.

Mientras el art. 185 CP recoge la infracción consistente en la exhibición obscena o comunicación en directo del contenido sexual frente a los destinatarios protegidos por el legislador –menores de edad y personas discapacitadas necesitadas de especial protección–, el art. 186 CP sanciona los actos de comunicación ilícita de contenidos sexuales mediante soporte, previéndose idéntica pena de seis meses a un año de prisión, o multa de 12 a 24 meses para ambas conductas.

³¹ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M. (*op. cit.*) matiza que es unánime pensar que por debajo de los 12 años no parece lógico que se pueda aplicar la cláusula.

³² Esta es la opinión recogida en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9412.

El mantenimiento de ambos tipos se justifica por la doctrina bajo la premisa de que las conductas incriminadas sean idóneas para afectar negativamente a los menores o discapacitados en el ámbito sexual, con independencia de que se entienda que también aquí se trata de proteger, en cuanto bien jurídico, la libertad sexual o el bienestar psíquico de las personas protegidas. De manera que los actos incriminados habrán de venir referidos a una agresión a una sexualidad de desarrollo incompleto: una perturbación de la evolución sexual de los menores o de la sexualidad no madura de las personas con discapacidad protegidas³³.

Ya se ha anticipado que la reforma operada por LO 1/2015 matiza la relación de los sujetos pasivos destinatarios de los actos de exhibición obscena o de material pornográfico, al mencionar, junto a los menores de edad, a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, abandonando ya los superados conceptos de deficientes mentales o incapaces.

La adecuada comprensión de la nueva terminología legal debe conducir, necesariamente, a la definición del artículo 25 del Código Penal, cuya redacción actual es también deudora de la reforma operada por LO 1/2015, al disponer en su apartado segundo que “a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

El propio Preámbulo de la LO 1/2015 justifica el sentido de la reforma, precisando que “Las personas con discapacidad deben ser objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad. Las normas del Código Penal que sirven a este fin deben ser adecuadas a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que pretende prevenir las conductas discriminatorias que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones. Es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad. El texto original del Código Penal se refiere impropriamente a «minusvalía» o a «incapaces», una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de «discapacidad» y de «persona con discapacidad necesitada de una especial protección». A tal fin, se modifica el artículo 25 para actualizar tales términos y ofrecer una definición más precisa de las personas que constituyen objeto de una especial protección penal. Tal modificación encuentra plena consonancia con lo establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que establece en su disposición adicional octava que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». Y para mayor claridad y refuerzo de esta previsión, con la reforma se decide incorporar un apartado para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término «minusvalía» se sustituyan por el término «discapacidad», y que el término «incapaz» se sustituya por el de «persona con discapacidad necesitada de especial protección»”.

Entre la doctrina se ha apuntado, en todo caso, a que esta noción, en este contexto, no es genérica, sino que se refiere a personas cuya discapacidad conduce específicamente, de modo paralelo a los menores, a no estar en condiciones de procesar adecuadamente las exhibiciones obscenas o contenidos pornográficos.

³³ F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9470 y 9471, que no obstante critica que la disponibilidad prácticamente ubicua de pornografía en Internet, también para menores, torna ilusoria la finalidad de protección de esta infracción.

3.2. Actos de exhibición obscena: artículo 185 CP

El artículo 185 CP tipifica la ejecución de “actos de exhibición obscena”, quedando pues reservado a los supuestos de comunicación de contenidos sexuales o pornografía en directo. Habiéndose ya señalado los problemas concursales que esta figura plantea con el delito de abusos sexuales sobre menores de diecisésis años del art. 183 bis CP.

3.3. Difusión de pornografía entre menores: artículo 186 CP.

El artículo 186 CP sanciona la venta, difusión o exhibición de “material pornográfico”, cuando éste se encuentre previamente almacenado en algún tipo de soporte que permita la ejecución de las acciones típicas, excluyendo pues la ejecución directa de los contenidos sexuales frente a destinatarios protegidos, cuyo ámbito queda reservado al anterior precepto.

Entre la doctrina se ha destacado que, de acuerdo a la alocución “por cualquier medio directo” empleado por el tipo penal, el comportamiento incriminado debe ser directo, resultando sólo de aplicación a quien pone directamente a las personas que deben ser preservadas en relación con el material pornográfico, pues en caso contrario se daría lugar a una ampliación injustificada del tipo generando una suerte de responsabilidad causal por poner en circulación tal material cuando sea previsible que éste pueda llegar a manos de los sujetos protegidos³⁴.

Finalmente, por lo que se refiere al concepto de “material pornográfico” empleado por el tipo, el Código Penal ofrece ahora –tras la reforma de la LO 1/2015- una definición legal de la pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección en su art. 189.1, de donde se podría extraer la siguiente conceptuación de lo que debe entenderse por material pornográfico susceptible de lesionar la libertad o indemnidad sexual de las personas inmaduras objeto de protección en el art. 186 CP: a) todo material que represente de manera visual a una persona participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; b) toda representación de los órganos sexuales de una persona con fines principalmente sexuales; c) imágenes realistas de una persona participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de una persona, con fines principalmente sexuales.

Ello no obstante, no debe olvidarse, al objeto de no ampliar excesivamente el tipo penal, que el concepto de pornografía, al igual que el de exhibición obscena, viene delimitado por su idoneidad para afectar o perturbar a la sexualidad inmadura de los destinatarios protegidos, menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección³⁵.

4. Delitos de prostitución, explotación sexual y corrupción de menores

4.1. Consideraciones Generales

El Capítulo V del Título VIII lleva por rúbrica “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, en redacción modificada por la LO 1/2015.

Bajo dicha rúbrica se regulan de forma autónoma las conductas relacionadas con la prostitución de adultos (antes sancionadas en el primer número del art. 188 CP, ahora de forma independiente en el art. 187 CP), con la prostitución de menores de edad y personas discapacitadas (anteriormente incluidas en ambos preceptos, y hoy con tratamiento autónomo en el art. 188 CP), y por último las relativas a la denominada corrupción de menores y pornografía infantil o de personas discapacitadas (art. 189 CP), quedando estas últimas fuera de nuestro marco analítico³⁶.

³⁴ F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9487.

³⁵ Nuevamente es ésta la opinión recogida en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9489.

³⁶ Ya se dijo más arriba que no se aborda en el presente estudio la problemática suscitada por la nueva regulación de los delitos de pornografía infantil, que por su complejidad y por el cambio de paradigma que representa respecto de la concepción clásica de la materia, mediante la introducción de nuevas figuras punibles, ha motivado, entre otras consecuencia, el dictado por parte

Como efecto positivo de la nueva regulación puede destacarse, sin duda, la separación más nítida que se establece entre los comportamientos punibles, agrupándose en un solo artículo cuando la víctima o perjudicado es una persona adulta, y reservándose otro precepto para los casos en que la conducta va dirigida contra menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Sin embargo, ha sido muy criticado entre la doctrina el mantenimiento del término “delitos relativos a la corrupción de menores”, estimándose especialmente perturbadora la presencia de esta denominación tanto desde el punto de vista semántico -al parecer claro que el término “corrupción” vinculado a la comisión de delitos sexuales parece asociado a concepciones alejadas de los fines del proceso penal-, como desde el ámbito de la ubicación sistemática de los delitos contenidos en el capítulo, por cuanto el término “corrupción” no recoge el contenido de alguno de los comportamientos tipificados, que constituyen ataques masivos a la libertad/indemnidad de los sujetos pasivos³⁷.

4.2. Prostitución de adultos: artículo 187 CP

El artículo 187.1 CP mantiene en su apartado primero la misma redacción que la anteriormente vigente, si bien agravando ligeramente la pena asociada a la conducta incriminada -a saber, la determinación a una persona mayor de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución, empleando para ello violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima-, que pasa ahora a sancionarse con pena de 2 a 5 años de prisión (anteriormente se preveía pena de prisión de 2 a 4 años) y multa de 12 a 24 meses.

Sobre la caracterización de los delitos relativos a la prostitución de adultos, anteriormente recogidos en el artículo 188.1 CP, recuerda la STS nº 23/2015, de 4 de febrero, con cita de la STS nº 17/2014, de 28 de enero, que la realidad criminológica, que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma.

La principal novedad de las introducidas por LO 1/2015 se encuentra en la definición legal que se otorga a la modalidad comisiva descrita en el apartado segundo del art. 187.1 CP, relativa a la obtención de lucro mediante la explotación de la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma, conducta para la que se prevé una pena inferior a la correspondiente a los actos de prostitución mencionados en el primer apartado (pues la pena de prisión prevista tiene una posible duración de 2 a 4 años, además de la multa).

Señala el nuevo precepto que “En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
- b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”.

Nos encontramos ante una enumeración abierta, como ha precisado GALDEANO SANTAMARÍA, lo que se colige de la expresión “en todo caso” utilizada por el legislador, lo que permitirá valorar la concurrencia del concepto de explotación descrito en el segundo párrafo del pre-

de la Fiscalía General del Estado de una extensa Circular, la número 2 de 2015, donde se imparten instrucciones y se incluyen diversos criterios interpretativos sobre las dudas suscitadas por la nueva redacción legal.

³⁷ Así se afirma en F. Molina Fernández (dir. y coord.), *op. cit.*, 9520, concluyéndose por los autores que “sólo la priorización de aspectos meramente simbólicos por parte del legislador -o lisa y llanamente un olvido inexcusable- puede explicar el mantenimiento del término en el Derecho penal sexual”.

cepto, cuando se den otras circunstancias análogas a las expresamente mencionadas en el mismo, debiendo quedar al arbitrio judicial la determinación de si, en el caso concreto, tales circunstancias pudieren integrar el referido concepto³⁸.

Señala el Preámbulo de la LO 1/2015 a este respecto que el objetivo de la modificación del artículo 187 CP no es otro que el de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena, afirmando que “Con este fin, se sanciona separadamente el lucro de la prostitución cuando concurran determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal”.

Ello no obstante, entiendo que la nueva redacción que ofrece el tipo penal, en lo relativo a la modalidad típica objeto de análisis, recoge en esencia la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Segunda del TS en interpretación del anterior art. 188.1 CP, de la que constituye un relevante exponente la STS nº 552/2015, de 23 de septiembre. Señala esta sentencia que si bien el primer inciso del precepto (coincidente con el actual art. 187.1, párrafo 1º CP) no había planteado mayores problemas de interpretación, en cambio la incorporación del segundo inciso (actualmente tipificado en el párrafo 2º del artículo 187.1 CP) “hizo evidente, enseguida, la posibilidad de dos lecturas. La resultante de su consideración aislada, interpretado en clave abolicionista de la prostitución, que llevaría a sancionar con aquellas penas a todo el que, en cualquier caso, obtuviera un beneficio económico del ejercicio de la misma por otra persona, incluido, por tanto el voluntario. Y la que, partiendo de la conexión normativa de ambas previsiones, integrando la segunda con la primera, reserva la sanción, de manera exclusiva, para la explotación del ejercicio no libre de la prostitución ajena. Esta es la que al fin ha prevalecido. De un lado, al ser desde el punto de vista sistemático la más rigurosa y plausible, ya que la colocación de un inciso a continuación del otro, formando el mismo párrafo y la equiparación en las penas, obliga a concluir, como lo más racional, que el referente fáctico deberá estar constituido por conductas de una gravedad equiparable y por ello merecedoras de un reproche de similar intensidad. De otro, porque este criterio es, precisamente, el que se expresa en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión, relativa a la trata de seres humanos y a la explotación sexual de los niños; y, en especial, en la Decisión-marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, que ha sustituido a la primera en lo relativo a la trata de personas, y con la que se busca que los estados miembros asuman el compromiso de penar las acciones dirigidas a explotar la prostitución de una persona sometida al control de otra”.

Para continuar indicando que la jurisprudencia de la Sala Segunda -en particular, a partir de la STS nº 1171/2009, de 10 de noviembre, pasando por otras como la nº 864/2012, de 16 de octubre, hasta la más reciente, de n.º 452/2013, de 31 de mayo-, puede sintetizarse del modo siguiente:

- a) La obtención de algún beneficio económico de la prostitución de otra persona, que la ejerza en cada caso por propia voluntad, no es conducta que en sí misma constituya delito.
- b) En el inciso segundo del art. 188.1º CP (actualmente, párrafo segundo del art. 187.1 CP), el término “explotación” no debe tomarse en el sentido meramente económico (de puesta en producción de algún recurso apto para generar en el mercado un valor de cambio), sino solo asociado a la obtención de un lucro de las prestaciones sexuales de otra persona, que hubiera sido determinada, en el sentido de forzada o constreñida a prostituirse de alguno de los modos relacionados en el primer inciso.
- c) La ganancia, ya sea fija o variable, tendrá, pues, como fuente, alguna acción del género de las que acaba de aludirse.

³⁸ GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., *op. cit.*, p. 17.

- d) El perceptor del beneficio obtenido por este medio ha de ser conocedor de la situación en que se halla la persona o personas que lo generan.
- e) Estas deberán hallarse identificadas.

Dicha línea jurisprudencial consolidada permite concluir al TS, en su comentada Sentencia nº 552/2015, de 23 de septiembre, cómo las categorías "necesidad" y "vulnerabilidad", tomadas en el sentido que habitualmente reciben en el discurso socioeconómico, no bastan por si solas para la aplicación del delito de explotación de la prostitución no autónoma. En palabras del TS, "Lo requerido es que, en un contexto connotado por circunstancias de partida de esa índole, una persona, abusando de su posición de dominio sobre otra, le imponga, buscando un lucro, la dedicación no querida a la prostitución. A los efectos de esa disposición del Código Penal, determina quien es causa necesaria y directa de la prostitución de otra persona contra su voluntad. No basta, pues, que ésta, impulsada en origen por una situación de precariedad económica, tenga en ella su medio de vida, con beneficio también para un tercero. Es preciso que éste la haya determinado en concreto prostituirse, de alguna de las formas contempladas en ese precepto".

Para continuar argumentando que "Es cierto que, estadísticamente hablando, en la inmensa mayoría de los casos, las personas, mujeres sobre todo, que hallan el modus vivendi en el comercio sexual con el propio cuerpo, proceden de medios marginales en extremo, con preferencia del llamado Tercer Mundo. Pero no es la clase de necesidad derivada de tal extracción la que requiere el precepto. Esta constituye un dato social, que aquí, como tal, carece, en sí mismo, de directa relevancia normativa. De igual modo que, por ejemplo, la condición de inmigrante indigente en situación irregular, sin más, no integra legalmente la circunstancia de estado de necesidad en el caso de la acusación de ciertos delitos. Aun cuando no se abrigue ninguna duda acerca de la posición radicalmente carencial en que suelen hallarse las personas de ese perfil, en los países de acogida". Y concluir, ya con referencia a la regulación actualmente vigente, que "Ya, en fin, la reciente reforma del Código Penal, operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con la modificación del texto del art. 188,1º, ahora art. 187, 1º, viene a dar un claro aval a las precedentes consideraciones. En efecto, pues (...) lo cierto es que los que constituyan dos enunciados dentro del mismo párrafo, forman ahora párrafos separados; mientras las que eran dos modalidades de acción, morfológicamente diferentes pero asimiladas en su tratamiento en cuanto a la pena, resultan en este momento también diferenciadas desde este punto de vista, y, además, en el caso de la segunda de ellas, con la introducción de una serie de especificaciones de nuevo cuño en su tipificación".

En esta misma línea, y también con expresa referencia a la regulación actualmente vigente tras la reforma operada por LO 1/2015, se pronuncia más recientemente la STS nº 827/2015, de 15 de diciembre, en la que se recuerda, con cita de las SSTS nº 450/2009, de 22 de abril, y nº 445/2008, de 3 de julio, que "la conducta relativa a la prostitución prevista en el apartado primero del artículo 188 del Código Penal (ahora 187.1 tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo), y en concreto en la modalidad de intervención lucrativa en la explotación de la prostitución de otra persona, modalidad que fue introducida en el Código Penal por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, (...) ha sido objeto de consideración por doctrina de esta Sala, en el sentido y con la idea de que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión, sino que se requiere una mayor gravedad". De forma que "la determinación del ámbito típico de esta modalidad delictiva resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño o, como en este caso, se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena".

Para que la ganancia proveniente de la prostitución sea punible conforme a la modalidad típica analizada, recuerda la STS nº 827/2015, de 15 de diciembre, que es indispensable que concurran,

con carácter general, las siguientes circunstancias (que se enuncian de manera prácticamente semejante a la expuesta con ocasión del análisis de la STS nº 552/2015, si bien con algún matiz adicional a la hora de configurar los presupuestos del tipo): “a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP. (...); b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. En aquellos otros casos -estadísticamente más frecuentes- en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 -actual párrafo primero del art. 187.1- excluiría la aplicación del inciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP); c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo; d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio”.

Adicionalmente al tipo básico antes analizado, el art. 187 recoge en su número 2º los tipos cualificados, que se sancionan con la pena prevista en los apartados anteriores en su mitad superior, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias -ya previstas en la anterior redacción del art. 188 CP-: a) prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (en cuyo caso se impone además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años); b) pertenencia a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades; c) puesta en peligro, por dolo o imprudencia grave, de la vida o salud de la víctima.

Por último, el art. 187.3 CP reproduce la regla concursal del anterior art. 188.5, al precisar que las penas antes señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

4.3. Prostitución y explotación de menores de edad y personas con discapacidad: artículo 188 CP

El Preámbulo de la LO 1/2015 destaca, como elementos más importantes de la reforma en el ámbito de la prostitución de menores y personas con discapacidad, la elevación de las penas hasta entonces previstas, “con el fin de armonizar las legislaciones europeas”, así como la introducción de nuevas agravantes “para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil”.

El apartado primero del art. 188 CP recoge los supuestos de explotación u obtención de lucro con la prostitución de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, aunando en un mismo párrafo y precepto conductas anteriormente dispersas, para las que se prevén penas de prisión de 2 a 5 años y multa de 12 a 24 meses, que se agravan hasta los 8 años de prisión cuando la víctima fuera menor de diecisésis años, en consonancia con la nueva regulación de los abusos y agresiones sexuales en el Capítulo II bis del Título VIII, y con la fijación de dicha edad como límite para el válido consentimiento sexual.

El apartado segundo del precepto establece una modalidad cualificada del tipo básico, cuando los hechos se cometieren con violencia o intimidación³⁹, previéndose en tales casos, además

³⁹ Sobre la caracterización jurisprudencial de las circunstancias de “violencia” e “intimidación”, véase la jurisprudencia citada supra, STS nº 355/2015, de 28 de mayo, con ocasión del epígrafe reservado a las agresiones sexuales a menores de 16 años.

de las penas de multa, la de prisión de 5 a 10 años si la víctima fuera menor de diecisésis años, y la de prisión de 4 a 6 años en los demás casos.

La doctrina ha cuestionado la posibilidad de que esta modalidad cualificada presente problemas de *ne bis in ídem*, entendiendo que si el menor de 16 años es obligado con violencia o intimidación a tener actos de naturaleza sexual con un tercero, la conducta ya estaba sancionada en el art. 183.2 último párrafo CP, con idéntica pena de prisión (5 a 10 años), si bien el art. 188.2 prevé la imposición adicional de la pena de multa, por lo que estaremos ante un concurso de normas a resolver a favor de esta última⁴⁰.

Siguiendo con el análisis de la estructura del nuevo tipo del art. 188 CP, el apartado tercero comprende los supuestos específicos de agravación, a través de un catálogo que, en transposición del artículo 9 de la Directiva 2011/93/UE, se hace eco de las agravaciones previstas por el legislador para las agresiones sexuales en el art. 180 CP, para las que se establece la imposición de las penas superiores en grado a las de los apartados anteriores. Dicho catálogo incluye las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.
- b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
- c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, en cuyo caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Esta circunstancia ya se preveía en la anterior regulación, si bien de forma autónoma, en el apartado 3º del art. 187 CP.
- d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.
- e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.
- f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Esta última circunstancia también se encontraba prevista de forma separada en el anterior art. 187.4 CP.

Por otro lado, el art. 188.4 castiga de forma autónoma –y acertada, según se sostiene en la doctrina– la conducta del cliente o demandante de los servicios de prostitución, previéndose la pena de prisión de 1 a 4 años para “el que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”, que se agrava (2 a 6 años de prisión) cuando la víctima fuere un menor de diecisésis años.

La novedad en este caso radica pues en el diferente tratamiento penal que se procura al cliente ocasional de la prostitución, respecto del inductor, promotor, favorecedor o facilitador de dichas relaciones sexuales o del que se lucra con su explotación, terminando con la previsión de sanción con la misma pena que establecía el anterior art. 187.1 CP, que tras el 1 de julio de 2015 se rebaja ligeramente para las conductas que se integran en el apartado 4º del art. 188 CP.

Finalmente, el art. 188.5 CP mantiene la regla concursal anteriormente recogida en el mismo precepto y apartado, si bien adecuando su redacción al articulado de la reforma operada por LO 1/2015, previendo a tal respecto que las penas previstas se impondrán en sus respectivos

⁴⁰ Así lo entiende GALDEANO SANTAMARÍA, A. M., *op. cit.*, p. 24.

casos “sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

4.4. Responsabilidad de las personas jurídicas: artículo 189 bis CP

La LO 1/2015 no altera la redacción del art. 189 bis CP, introducido por la reforma de LO 5/2010, de manera que se mantienen las mismas sanciones proporcionales (multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión superior a 5 años; multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si la pena correspondiente a la persona física es de prisión de entre 2 y 5 años; y multa del doble al triple del beneficio obtenido en el resto de casos) cuando una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en el Capítulo V, en lo que respecta a nuestro estudio, de los delitos de relativos a la prostitución y a la explotación sexual antes analizados.

No siendo éste el espacio propicio para analizar la modificación del régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que ha supuesto la LO 1/2015, de 30 de marzo, con la novedosa regulación de los modelos de organización y gestión empresarial, así como la problemática interpretativa generada por la vigente redacción de los artículos 31 bis a 31 quinqueis CP, que es abordada por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, así como por la incipiente jurisprudencia al respecto (vid. SSTS nº 514/2015, de 2 de septiembre, nº 154/2016, de 29 de febrero (Pleno), y nº 221/2016, de 16 de marzo), sí debe al menos recordarse cómo en el concreto ámbito de los delitos objeto del presente estudio, y sin perjuicio de la previsión general contenida en el art. 194 CP, cuando concurren los presupuestos que permitan fundamentar la participación criminal de la persona jurídica, será posible la adopción de las medidas cautelares contempladas en los arts. 33.7 y 127.3 CP durante el curso de la instrucción –a saber, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales, o, para los supuestos más graves, la intervención judicial-, lo que tendrá una especial incidencia respecto de los clubes o salas donde pudiere gestarse la actividad sancionada por los arts. 187 y 188 CP.

5. Disposiciones comunes

Entre las Disposiciones Comunes a los Capítulos I a V del Título VIII, Libro II CP, el Capítulo VI mantiene en su integridad la redacción de los artículos 191 –requisito de perseguidabilidad-, 193 –filiación y alimentos- y 194 –clausura temporal o definitiva de establecimientos o locales-, si bien sustituyendo el término “incapaz” del primero de los preceptos por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección”, en la línea de los restantes preceptos afectados por la reforma (lo que también ocurre al regular la agravación de la responsabilidad de los garantes en el art. 192.2 CP).

La principal novedad, siendo acaso una de las más publicitadas de la reforma de 2015, radica en la previsión a partir del 1 de julio de 2015, para los responsables de la comisión de delitos de abusos sexuales o de delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, en el artículo 192.3 CP⁴¹, de la imposición “en todo caso”, de forma adicional a las penas previstas para cada uno de aquellos delitos, de “una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad”. Dicha pena tendrá una duración superior entre tres y cinco años a la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión. Y para su fijación el Juez o Tribunal deberá atender proporcionalmente “a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado”.

⁴¹ El precepto mejora su técnica al incorporar a los supuestos de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela y guarda, los de acogimiento, que habían sido preteridos por el legislador hasta la reforma de 2015.

Sobre la nueva pena de inhabilitación se pronunciaba el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de 20 de diciembre de 2012, señalando que se trata de una posibilidad que puede tener una enorme importancia preventivo especial, siendo una medida que estará especialmente indicada para personas que desempeñan profesiones o realizan actividades en contacto con menores: profesores, entrenadores deportivos, monitores de campamento, etc.

Ello no obstante, el legislador ha optado por no incorporar al texto final de la LO 1/2015 otras previsiones sobre las que se pronunciaba el Informe del Consejo Fiscal, inspiradas por el art. 5.3 del Convenio de Lanzarote -al establecer la necesidad de introducir reformas en la regulación de las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños a efectos de excluir a quienes hubieran sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños-, así como por el art. 10 de la Directiva europea -que incide en la idea de exclusión de los pedófilos de profesiones que impliquen contacto habitual con niños-, bajo el fundamento del alto porcentaje de reincidencia en este tipo de delitos, y teniendo presente la especial situación de vulnerabilidad de los menores y el dato contrastado en la praxis de que los pedófilos tratan de acceder a este tipo de profesiones precisamente para tener acceso directo a los niños.

El análisis efectuado por el Consejo Fiscal incluía una relación de los avances experimentados en el Derecho comparado. Así, en Francia los arts. 222-45 y 227-29 de su Código prevén la privación de actividades profesionales que impliquen contacto habitual con menores, para las agresiones y abusos respectivamente. En Italia se fija como pena accesoria la prohibición perpetua de empleo en cualquier tipo de escuelas así como en instituciones públicas o privadas frecuentadas principalmente por menores (art. 609 nonies). En Dinamarca se le puede imponer al condenado la orden de no acercarse a parques públicos, a colegios, parques infantiles, reformatorios de menores, a manicomios, a instituciones para personas con grandes daños psíquicos, a bosques determinados, piscinas o playas (art. 236 CP) o se le puede prohibir que menores de 18 años residan en su domicilio (art. 236 CP). En Inglaterra, la *Sexual Offences Act* de 2003 prevé la creación de un registro, formado por los datos que el agresor sexual debe dar a la policía, entre los que destaca sus cambios de domicilio, y la posibilidad de que el tribunal le prohíba trabajar con menores. Y en Bélgica la reforma de 2001 introdujo el art. 382 bis, que prevé la imposibilidad de actividades, enseñanza o participación en sociedades que se ocupen de menores.

Finalmente, como se ha anticipado, el Texto penal ha introducido esta nueva pena de inhabilitación, si bien con un recorrido más limitado del propuesto por el Consejo Fiscal, seguramente ante la necesidad de llevar a cabo la modificación, junto con el Código Penal, de otras disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños.

Tratamiento penal del sexting

Pedro Díaz Torrejón
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Huelva

Roberto Valverde Megías
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Barcelona

El desarrollo de nuevas formas de comunicación basadas en la inmediatez y la transmisión de la imagen ha generado en los últimos años una práctica, convencionalmente denominada sexting, consistente en el envío a terceros de material gráfico de contenido sexual protagonizado por el mismo sujeto que realiza el envío. La incidencia de estas prácticas en la intimidad y libertad sexual de los individuos es patente y hace que sea un claro ejemplo de autolimitación del ámbito de la privacidad que precisa de una tutela penal que garantice el respeto a las fronteras que el sujeto establece. Así, tanto la invasión de la intimidad mediante la difusión del material a más personas de las autorizadas como la afectación a la libertad e indemnidad sexual que supone forzar o embaucar a otros para que participen en estas conductas han sido específicamente contempladas por la última reforma de Código Penal, a fin de cubrir espacios de impunidad que se habían generado.

1. Aproximación al concepto de sexting

El término “sexting”, anglicismo procedente de la combinación de “sex” (sexo) y “texting” (envío de mensajes de texto desde teléfonos móviles), ha pasado en la última década a ser utilizado como denominación convencional del conjunto de conductas consistentes en la auto-producción y envío de material gráfico, esencialmente fotografías y vídeos, de contenido erótico o sexual a través de teléfonos móviles u otras tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs)¹.

Para llegar a esta concepción cabe señalar una doble evolución en el uso del término. Por un lado, aun cuando inicialmente abarcaba tanto el envío de material gráfico como de texto escrito –como claramente delata la construcción del vocablo-, son diversos los factores que han contribuido a que la atención sobre estas conductas se haya focalizado en los materiales gráficos: la generalización del uso de internet y teléfonos móviles² inteligentes, la proliferación de redes sociales y aplicaciones de comunicación y mensajería, la adopción de un modelo de tarificación que no implique sobrecoste por envío de archivos adjuntos o la propia popularización –voluntaria o involuntaria- de estas conductas por celebridades más o menos influyentes. Por otro lado, lo que inicialmente fue entendido como una práctica que se desarrollaba por y entre jóvenes y menores de edad³ actualmente no puede obviarse que ha sido adoptada también por adultos.

¹ En términos semejantes, se ha definido como “aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio de imágenes (principalmente sonidos, fotografías o vídeos) y su posterior envío, difusión o publicación con contenidos de tipo sexual, producidos generalmente por el propio remitente, a otras personas, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico”. Fernández Olmo, Isabel, *El sexting y otros delitos cometidos mediante teléfonos móviles*, pp. 4 y ss. Web del Centro de Estudios Jurídicos. Octubre 2014.

² En España, conforme a los datos del Instituto Nacional de Estadística y el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, la penetración de la telefonía móvil en los hogares españoles mantiene su tendencia de crecimiento, siendo que en 2015 el 97% de los mismos disponen de teléfono móvil, según los resultados de la encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de la información y comunicación en los hogares publicados por el propio INE y referidos al año 2015 (<http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/indicador/penetracion-telefonia-movil-en-hogares>). Y en el mismo sentido, en términos globales, conforme a los datos publicados por el organismo especializado de las Naciones Unidas para las Tecnologías de la Información y la Comunicación (ITU) el factor de penetración de la telefonía móvil se estima en un 96,8% (http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2015/ITU_Key_2005-2015_ICT_data.xls y (http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/2015/stat_page_all_charts_2015.xls)

³ Así, en 2009 el *National Center for Missing and Exploited Children* (“NCMEC”) consideraba el sexting como la práctica de jóvenes escribiendo mensajes sexualmente explícitos, tomando fotografías sexualmente explícitas de sí mismos o de otros

A partir de esta delimitación del concepto, el presente estudio tiene por objeto examinar las figuras penales que ofrece el Código Penal español tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, para dar respuesta a conductas estrechamente vinculadas con esta práctica y lesivas de bienes jurídicos eminentemente personales como la intimidad –caso de la difusión no consentidas del material inicialmente cedido- o la indemnidad sexual –caso de la captación o embaucamiento de menores de diecisésis años para la participación en esta actividad-.

2.- Conductas relativas a la distribución de material procedente de sexting voluntario: difusión de material íntimo cedido. Art. 197.7 CP

2.1. Supuesto de hecho del artículo 197.7: difusión no consentida de captaciones íntimas de la imagen

El apartado séptimo del artículo 197, introducido por L.O. 1/2015, castiga con pena alternativa de prisión o multa al que «sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona», imponiéndose la pena en su mitad superior «cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o un persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa».

Para un sector de la doctrina (Así, COLÁS TURÉGANO⁴) se amplía la tutela del bien jurídico intimidad al introducir una nueva modalidad mediante la que se castiga de forma específica el *revenge porn*, una especie de venganza pornográfica consistente en la divulgación de imágenes o vídeos realizados en un contexto de intimidad, con el consentimiento de la víctima, para, en un momento posterior (normalmente tras la separación) ser divulgados sin consentimiento alguno.

No obstante, como apunta algunos autores (CASTIÑEIRA PALOU/ ESTRADA I CUADRAS⁵), ni el alcance de este tipo se agota en este fenómeno ni puede afirmarse con seguridad que permita castigar todos los atentados a la intimidad basados en este tipo de prácticas y así, por ejemplo, citan el reenvío de esas imágenes sin el consentimiento de quien las remite y protagoniza.

En definitiva, el supuesto de hecho parte de una situación en que una persona capte o se deje captar imágenes propias (ya sean fotografías o vídeos) en un ámbito reservado e íntimo (no exclusivamente de índole sexual). Dichas imágenes son proporcionadas por la misma persona a otro sujeto en la confianza de que éste mantendrá la reserva sobre dicho material íntimo. Y, sobre este supuesto, el sujeto en cuyo poder está dicho material pasa a difundir el mismo a terceros sin contar con el consentimiento de la persona afectada.

2.2. Bien jurídico protegido

El derecho a la intimidad se configura como un derecho fundamental, reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española, garante del derecho “a la intimidad personal y familiar”. En

entre su grupo de iguales, y transmitiendo esas fotos y/o mensajes entre iguales, habiéndose generalizado esta definición en distintos foros (*Sexting: Youth Practices and Legal Implications*. p.3. Research Publication Nº. 2010-8, 22 de Junio. Berkman Center for Internet & Society, Universidad de Harvard).

⁴ Colás Turégano, Asunción, *Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter)*, p. 665. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanch. 2015.

⁵ Castiñeira Palou, M.ª Teresa/ Estrada i Cuadras. Albert, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, p . 162. Director: Jesús María Silva Sánchez. Editorial Atelier, cuarta edición. 2015.

relación al concepto de intimidad es visible una evidente evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, de forma que inicialmente se configuró en un sentido negativo como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la vida privada; desde aquí, evoluciona su concepción hasta tener un contenido positivo, al poner en relación el valor intimidad con la libertad de acción del sujeto y sus facultades para controlar la información relativa a su persona y el conocimiento que terceros pueden tener de la misma, lo que implica, según la STC 70/2002, de 3 de abril «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana».

Y en esta misma línea, como señala la STS 357/2007, de 30 de abril, el artículo 18 del texto constitucional garantiza el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibir su difusión no consentida.

De esta forma, en opinión de COLÁS TURÉGANO⁶, acoge el legislador, al introducir el nuevo art 197.7 la tutela positiva del ciudadano de controlar aquello que quiere que sea conocido por terceros de su intimidad, lo que supone, controlar la información relativa a su persona, insistiendo esta autora que, sin el mismo, esa faceta de la intimidad habría quedado huérfana de protección penal frente a graves ataques propiciados por la generalización de prácticas de riesgo mediante el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Esta posición contrasta con la del legislador de 1995, ya que, tal y como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ⁷, en la concepción de aquél, una persona, a efectos de obtener la tutela penal de la propia imagen, debía mirar lo que dice o lo que hace y, sobre todo, a quién lo dice o con quién lo hace, de forma que se protegía la intrusión de un tercero, pero no la indiscreción de alguien a quien se ha confiado información.

Este autor destaca la existencia de una concepción “dinámica” de la intimidad, que late en las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 13 de Mayo de 2014), cuya esencia consiste en que cuando un sujeto ha decidido compartir cierta información en un contexto determinado no significa que tenga que someterse a un escrutinio generalizado (privacidad compartida).

2.3. Antecedentes del precepto: pronunciamientos jurisprudenciales. Posición del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal

Sin perjuicio de alguna, aunque aislada, sentencia condenatoria por un delito contra la intimidad (SAP de Almería de 2 de Noviembre de 2005, que alude a la falta de consentimiento para la difusión por lo que sí tendría cabida el delito, o la SAP Baleares de 13 de octubre de 2011, que condena por entender que el consentimiento en la entrega del mismo no implica el otorgamiento de un poder de disposición tan amplio que autorice su difusión), o incluso por algún otro delito (SAP de Lleida de 25 de Febrero de 2004, en un supuesto de difusión de un vídeo de contenido sexual, filmado con el consentimiento de ambos intervenientes y que se distribuye por uno una vez que la relación termina, en la que se condenó por delito de injurias con publicidad), la existencia múltiples pronunciamientos absueltorios (entre otros, SAP de Huelva, de 15 de Febrero de 2002, o SAP de Palencia de 28 de Junio de 2006) ponía de manifiesto la necesidad de una reforma que evitase cierto espacios de impunidad en la comisión de determinados hechos ilícitos.

⁶ Colás Turégano, Asunción, *op., cit.*, p. 667.

⁷ Rodríguez Fernández, Ignacio, *Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*, p. 6. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15.

No obstante, lo cierto es que el debate se abrió definitivamente cuando en el año 2012 se hizo viral un vídeo de una concejal de un municipio de Toledo, vídeo en el que la afectada se masturbaba al tiempo que ella misma grababa la acción con su teléfono móvil. El vídeo fue posteriormente enviado por ella voluntariamente a un tercero, pasando desde aquí a ser difundido masivamente difundido a través de la aplicación de móvil Whatsapp y redes sociales. El Juzgado de Instrucción nº1 de Orgaz, mediante auto de 15 de Marzo de 2013, archivó el asunto, afirmando: «de conformidad con la redacción del tipo penal, y dejando al margen nuevas reformas legislativas sobre la materia que aventuran una futura tipificación de las conductas hoy denunciadas y cuya aplicación ahora impide el principio de legalidad y tipicidad, sólo si se hubiera producido un acceso no autorizado al móvil de la propia denunciante donde se encontraba registrado y grabado el vídeo de contenido íntimo, se entendería consumado el tipo penal, y siempre además que dicha acción resultara imputable al encartado en las presentes actuaciones permitiría dirigir la acción penal contra el mismo, no siendo procedente otra resolución que el archivo y sobreseimiento provisional de las actuaciones por un delito contra la intimidad».

A partir de aquí se abrió un debate sobre si tales conductas deberían merecer reproche penal y, por lo tanto, incluir su tipificación en el Código Penal, o, por el contrario, quedar sólo dentro del ámbito protegido por la L.O. 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen. Al margen de este debate siguieron sucediéndose los pronunciamientos de la jurisprudencia menor, en la misma línea absolutoria.

Así, la Sentencia 351/2014, de la AP de Granada, de 5 de Junio, declara: «Las conductas que recoge el citado artículo 197 del Código Penal exigen, con carácter general, un acceso inconsentido a un secreto. Pues bien, en el supuesto de autos, ni hubo acceso por cuanto los tres acusados lo que hicieron fue recibir, y no acceder, un mensaje de imagen, ni cabe hablar de no consentimiento cuando lo que desencadena la difusión "en cascada" del mensaje es un acto previo de la menor que es su remisión al teléfono móvil del chico con el que mantenía una relación. Y tal consentimiento debe considerarse válido aunque Amparo sea menor de edad y cuente a fecha de los hechos con quince años de edad, pues si el Legislador viene a considerar válido el consentimiento de una persona a partir de los trece años para mantener relaciones sexuales, parece evidente que también debe considerarse válido dicho consentimiento para remitir una fotografía donde aparece desnuda, con un alto contenido sexual. Quedando a salvo las acciones, en su caso, que la menor, o quienes la representen, puedan ejercitar por la introducción ilegítima sufrida, al amparo de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁸».

La necesidad de la reforma ha sido cuestionada por algunos autores (QUERALT JIMÉNEZ⁹), para los que es discutible la punición de esta conducta desde el punto de vista político-criminal, siendo estas dudas (en su opinión) reflejadas por el legislador al señalar una pena de "poco relieve", llegando a señalar que parece una muestra de "punitivismo oportunista", derivado de

⁸ De la misma forma se pronuncia la misma Audiencia, en Sentencia de 18 de Septiembre de 2014: «La sentencia de instancia, tras exponer en el Fundamento de Derecho primero, la doctrina jurisprudencial sobre la materia, concluye en el segundo Fundamento de Derecho que no se produce ni apoderamiento, ni interceptación, ni utilización de artificios técnicos "... tipo básico del artículo 197.1 (cuya previa comisión resulta ineludible para poder realizar típicamente las conductas descritas en los tipos cualificados), el citado precepto exige para su realización típica que esa finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro que anima su conducta se lleve a cabo a través de alguna de las tres modalidades expresamente contempladas en el mismo (apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos). Sin embargo, en el caso que nos ocupa, y al margen ahora del pérrido propósito de su autor, resulta más que evidente que el acusado, para conseguir esas imágenes íntimas de la querellante plenamente consentidas por ella, no tuvo que realizar ninguna de esas conductas dado que le fueron transmitidas voluntariamente por ella en sus encuentros ciber sexuales. No tuvo, pues, que utilizar ningún tipo de artificio técnico o labor de interceptación para conseguirlas, ni tampoco para apoderarse virtualmente de ellas. Inexistencia de apoderamiento que, como recuerda la doctrina jurisprudencial mencionada en el fundamento jurídico anterior, deriva del hecho de que el acusado no tuvo necesidad de tener que vencer "ningún tipo de resistencia como la impresa en la predisposición de alguna medida o cautela adoptada para evitar reconocimiento por otras personas de datos o informaciones que la directamente interesada busca preservar", y ello por la sencilla razón de que esas imágenes llegaron a su ordenador de forma enteramente libre y con la plena anuencia de su remitente, la querellante Diana. Por consiguiente, su conducta deviene atípica al no encajar en los moldes del delito objeto de acusación". La Sala comparte plenamente la argumentación expuesta sin tener nada más que añadir».

⁹ Queralt Jiménez, Joan J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 337. Tirant lo Blanch. 2015.

noticias difundidas en televisión. No obstante, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹⁰ apunta una de las razones que pueden haber pesado en el cambio de criterio que se observa en la L.O. 1/2015, como es el hecho de que el legislador del 95 no podía prever en ese momento la fácil difusión que cualquier información -carente de relevancia pública- puede alcanzar (al margen del ejercicio de la profesión periodística) a través de internet.

El Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, se alinea con el legislador en la conveniencia de introducir este tipo penal, afirmando: «Ha de convenirse con el prelegislador en la existencia de esa laguna de impunidad que debe ser cubierta, otorgando una mejor tutela el derecho a la intimidad y a la propia imagen, que hoy resulta insuficiente ante las posibilidades que las nuevas tecnologías ofrecen para atacar el aspecto de la intimidad personal, ante la difusión de grabaciones -sobrepticias o no- en redes sociales o Internet. En el actual artículo 197 CP no encuentran protección penal los supuestos de difusión de imágenes en Internet, obtenidas con consentimiento de su titular. Sólo si la captación o grabación reúne los elementos del art. 197.1 CP (ausencia del consentimiento) podrá ser considerado delito; sin perjuicio de que en algunos casos puede constituir un delito contra el honor o, en su caso, un ilícito civil de la Ley 1/1982. Ante esta situación, la introducción de este nuevo delito ha de considerarse necesaria y afortunada».

Sin embargo, esta tesis no es la seguida por el Consejo Fiscal¹¹, que, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, opta por considerar ya cubiertas en el delito contra la integridad moral del 173.1 las conductas a las que se pretende dar respuesta con la modificación del artículo 197.7: «En definitiva, y recapitulando, entendemos que las conductas que tratan de ser sancionadas por el nuevo tipo propuesto, pueden ya subsumirse en el tipo contra la integridad moral, por lo que no sería estrictamente necesaria su creación ex novo, creación que por lo demás puede generar nuevos problemas. Podría contraargumentarse que la tipificación expresa tiene la ventaja de clarificar la relevancia penal de la conducta, con los consiguientes efectos beneficiosos de prevención general y que permite también establecer una penalidad más ajustada. Sin embargo, debe repararse en que también trae nuevos problemas: repárese en que tal como se describe la conducta, quedaría fuera de ella la del tercero ajeno al pacto que consigue el material y lo difunde. Por ello, si se entiende imprescindible tipificar expresamente tales conductas, debe aquilatarse la redacción del tipo para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo conductas de idéntica gravedad. Debiera también cuidarse la descripción típica, pues en algunos casos se emplean en nuestra opinión expresiones impropias de una norma legal, por demasiado coloquiales (en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros) y en otros casos se detecta una redacción simplemente descuidada (la intimidad personal de esa persona)».

El legislador, por su parte, zanjó el debate al introducir el nuevo art 197.7, justificando su inclusión en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/15 al señalar: «los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad».

¹⁰ Rodríguez Fernández, Ignacio, *op., cit*, p. 8.

¹¹ Esta misma línea fue mantenida en la Reunión de Fiscales Delegados de Menores celebradas en Madrid los días 20 y 21 de Octubre de 2014, en las que, después de concluir que la difusión no autorizada de imágenes de contenido sexual, realizadas y enviadas voluntariamente por la propia víctima a otros conocidos quienes sin el consentimiento de aquélla, las propagan, valiéndose fundamentalmente de smartphones, debe recibir desde la jurisdicción de menores una solución proporcionada a las circunstancias del caso, afirma que la propagación de videos o fotografías de contenido sexual, por la humillación a la que expone a la víctima, puede justificar su calificación como delito contra la integridad moral (art 173.1 CP).

2.4. Requisitos típicos

2.4.1. Consentimiento inicial y falta de autorización de la víctima para la difusión del material obtenido

Hasta la entrada en vigor de la L.O 1/15, el obstáculo insalvable para el castigo de esta conducta, radicaba en la concurrencia del consentimiento inicial de la víctima a la hora de la captación y entrega de las imágenes que posteriormente y sin su permiso acababan siendo difundidas. Y ello porque la revelación de secretos, en los términos que ha venido conceptuando el artículo 197, sólo era punible cuando el material difundido ha sido objeto de ilícito apoderamiento en los términos a su vez previstos en el mismo artículo (así, por ejemplo, en el caso de acceso sobrepticio al ordenador o al correo electrónico de la víctima apoderándose de fotografías íntimas que almacenase en el mismo). Consiguientemente, como en el caso que nos ocupa la obtención del material no es constitutiva de delito, su posterior revelación no podía ser castigada como “revelación de secretos”. En este sentido, indica la SAP de Lleida 90/2004, de 25 de febrero, que «Lo que no consintió la querellante es que se difundiera a terceros la cinta con la grabación de sus imágenes, pero tal falta de consentimiento respecto de la difusión de las imágenes tampoco puede fundamentar la aplicación del subtipo penal previsto en el art. 197.3º del Código penal en que se castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores del mismo precepto; por tanto, el presupuesto de la aplicación de dicho subtipo agravado es la comisión de los delitos cometidos en los tipos penales básicos del pfo. 1º o del pfo. 2º del citado precepto, es decir, en cuanto a lo que aquí concierne, sería preciso que las imágenes difundidas a terceros a través de la cinta de vídeo hubieran sido grabadas sin el consentimiento de la querellante, a diferencia de lo sucedido, y por el mismo motivo tampoco procede la aplicación del subtipo previsto en el pfo. 5º del citado precepto. En consecuencia, a pesar de lo reprobable de la conducta del acusado la difusión de la cinta de video por el mismo no tiene encaje jurídico penal entre los delitos contra la intimidad, ya que para ello es preciso que los datos o las imágenes que se revelan hayan sido descubiertos o captados por el sujeto activo mediante una intromisión o injerencia ilícita en la intimidad ajena, que no concurre cuando, como es el caso, el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento para la grabación de las imágenes».

En el tipo del art 197.7, la particularidad radica (COLAS TURÉGANO¹²) en que el titular del bien jurídico protegido ha permitido, en un determinado momento, el acceso de un tercero a una parcela privada de intimidad. Por lo tanto, contamos un consentimiento inicial para penetrar en terrenos propios y privados del sujeto pasivo.

No obstante, ese consentimiento no supone un “visado completo” para el uso que del material exhibido u obtenido pueda hacer el intruso autorizado. Este mismo argumento, forzado e interpretado de forma excesivamente “extensiva” condujo, como ya hemos reseñado supra, a la Audiencia Provincial de Baleares a apreciar la existencia de un delito contra la intimidad personal, en Sentencia de 13-10-2011, que condena por entender que el consentimiento en la entrega del mismo no implica el otorgamiento de un poder de disposición tan amplio que autorice su difusión.

2.4.2. Objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales captadas en el “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”

Material obtenido

El tipo exige la obtención de imágenes o grabaciones audiovisuales en un ámbito reservado (LUZÓN DOMINGO¹³), haciendo mención al “domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”.

¹² Colás Turégano, Asunción, *op., cit*, p. 668.

¹³ Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial*, p. 134. Editorial Dykinson. 2015.

En primer lugar, se pone de manifiesto que la referencia expresa a imágenes o grabaciones audiovisuales deja fuera del castigo penal la difusión de grabaciones de audio no acompañadas de vídeo, lo que ha sido criticado sectores de la doctrina (LLORIA GARCÍA¹⁴), que ha afirmado no comprender la razón que conduce a limitar la prohibición de la difusión inconsentida exclusivamente a la imagen, no pudiendo alcanzar a grabaciones sonoras o a los textos escritos, citando como ejemplo el de una grabación de voz mientras se están manteniendo relaciones sexuales o conversaciones íntimas de naturaleza sexual, exigiendo que si el legislador realmente toma en cuenta los riesgos del nuevo escenario digital, y no responde sólo a anécdotas mediáticas, deber reforzar la idea de la expectativa de la privacidad y ayudar a formular correctamente el contenido del “consentimiento no extensivo”. Incluso se ha afirmado (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹⁵) que no es forzar demasiado la tipicidad del art. 197.7 entender que el precepto comprende todo tipo de materiales de audio o vídeo, posición que no podemos compartir a la vista de la estricta limitación del tipo al material visual.

Obtención

Respecto a la “obtención” en sí misma, la formulación utilizada por el legislador ha sido también objeto de críticas por el poco cuidado en la selección de términos, dado que siendo sancionado el que difunde sin consentimiento de la víctima el material “que hubiera obtenido con su anuencia”, parecería que tan sólo da cabida al supuesto de que la elaboración la haya ejecutado el propio autor, y no al caso de la elaboración por la propia víctima y posterior entrega al autor del delito. Así, algunos autores (CASTIÑEIRA PALOU/ ESTRADA I CUADRAS¹⁶) consideran que de la redacción típica parece inferirse que las imágenes deben haber sido captadas por el autor de la revelación, llegando a afirmar que la divulgación de las imágenes recibidas por envío voluntario de quien las protagoniza será atípica, aunque aquélla no consienta su difusión. No sería esta interpretación acorde con el espíritu que inspiró la reforma, plasmado en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, que como ya hemos señalado, afirmó: “los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”. Por ello, pese a la viabilidad gramatical de esta interpretación restrictiva, entendemos que debe quedar excluida por carecer de lógica político-criminal.

Lugar de obtención

En relación con el lugar de captación de las imágenes, las mismas deben haber sido obtenidas en un “contexto de reserva”, si bien, en opinión de CASTIÑEIRA PALOU/ESTRADA I CUADRAS¹⁷, no está claro si el contenido de injusto consiste en la defraudación de la confianza (vulneración de un compromiso expreso o tácito de reserva) o en la vulneración del derecho a controlar las imágenes íntimas de uno mismo, incluso cuando han sido obtenidas con consentimiento de quien las protagoniza. En su opinión, la primera opción, más restrictiva, parece la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. La otra implica considerar que la facultad de consentir a terceros la captación de imágenes de uno mismo y controlar posteriormente su difusión es tan fundamental en nuestra sociedad que justifica la restricción general de la libertad y el riesgo de condena de inocentes inherente a toda prohibición penal.

Para que se cumplan todas las exigencias del precepto es necesario que las imágenes o grabaciones no se hayan tomado en cualquier lugar o de cualquier forma, sino que el art 197.7 CP exige que las mismas se obtengan: “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance

¹⁴ Lloria García, Paz, *La difusión inconsentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*. El derecho.com. Octubre 2013.

¹⁵ Rodríguez Fernández, Ignacio, *op.*, *cit*, p. 14.

¹⁶ Castiñeira Palou, M.ª Teresa/ Estrada i Cuadras. Albert, *op.*, *cit*, p. 162.

¹⁷ Castiñeira Palou, M.ª Teresa/ Estrada i Cuadras. Albert, *op.*, *cit*, p. 162.

de la mirada de terceros". Esta redacción, en opinión de MARTÍNEZ OTERO¹⁸ resulta superflua y alambicada. Superflua por cuanto no parece necesario especificar los lugares en los que pueden realizarse grabaciones que afecten gravemente a la intimidad de las personas. Y alambicada al recurrir a un concepto netamente jurídico, como es el de domicilio, junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso, cual es el de "lugares fuera del alcance de la mirada de terceros". En su opinión, resultaría más sencillo hablar de "lugares privados", en contraposición con los "lugares abiertos al público" que la Ley Orgánica 1/1982 emplea para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas públicas, ya que esta terminología goza de una amplia y acendrada interpretación jurisprudencial, que facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal.

Por otra parte, como ya se ha indicado, la elección terminológica empleada implicaría que a ubicación reservada no es un requisito referido al lugar de captación sino sólo al de la obtención, que puede no ser el mismo. Por tanto, si la obtención no la equiparamos a la captación (a fin de salvar la cuestión tratada más arriba sobre la elaboración por la propia víctima) daríamos entrada a considerar la obtención también como el lugar en que la víctima proporciona el material al autor del delito. Y, con ello, a la situación absurda de considerar castigadas la difusión de escenas sexuales grabadas en un lugar público como la calle o una playa si la entrega voluntaria del video a una persona ajena a la grabación se produce en un lugar reservado. Y, al contrario, no estaría comprendida la conducta de quien difunde fotografías sexuales de su pareja tomadas por ella misma, aun cuando la captura fuera en un lugar privado, si la entrega voluntaria de las imágenes se produce, por ejemplo, en una cafetería. Ambas posibilidades es evidente que quedan fuera del propósito del legislador, de tal manera que deben ser excluidas y, pese a la imprecisión terminológica, debe reconducirse el precepto a su finalidad de protección de la intimidad de la víctima, debiendo rechazarse exclusiones o sobreextensiones artificiosas.

2.4.3. Afectación a intimidad. Análisis del grave menoscabo de la intimidad personal

Un sector doctrinal (COLÁS TURÉGANO¹⁹) ha afirmado que, si bien es criticable que el tipo no limite las conductas a aquellas que afectan al "núcleo duro de la intimidad", lo cierto es que la redacción del apartado séptimo del artículo 197 no garantiza que se trate de imágenes que afecten a dicho núcleo duro, por contener información relativa a datos sensibles como pueda ser la conducta sexual, ideología o creencias de la víctima. Y así se cita, como ejemplo, el de una imagen obtenida durante una comida en el domicilio familiar, divulgada posteriormente sin consentimiento, supuesto en el que, a su juicio, parecería excesivo acudir al derecho penal para defender la intimidad.

Por tanto, una primera conclusión que podemos extraer en relación al objeto material del delito, es que la imágenes o grabaciones audiovisuales captadas no tienen por qué ser, necesariamente, de carácter sexual, como exponen CASTIÑEIRA PALOU/ ESTRADA I CUADRAS²⁰. Para estos autores, puede tratarse de imágenes relacionadas con ritos o prácticas espirituales o con cualquier otro tipo de actividad considerada íntima. Por lo tanto, el ámbito del art 197.7 excede, en mucho, del propio del sexting o *revenge porn*, pudiéndose incluir todas aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales que afectan al "núcleo duro" de la intimidad (sexualidad, salud, creencias religiosas, orientación política..).

Elemento normativo del tipo es que "la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal". El delito adolece en este punto de una gran indefinición (QUERALT JIMÉNEZ²¹), planteándose la cuestión acerca de qué debemos de entender sobre aquél concepto.

¹⁸ Martínez Otero, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, p. 10. Derecom. Diciembre-Febrero 2013.

¹⁹ Colás Turégano, Asunción, *op.*, *cit.*, p. 668.

²⁰ Castiñeira Palou, M.^a Teresa/ Estrada i Cuadras. Albert, *op.*, *cit.*, p. 162.

²¹ Queralt Jiménez, Joan J. *op.*, *cit.*, p. 337.

El tipo aparece así como un delito de resultado, pues exige el efectivo menoscabo de la intimidad, luego habrá que constatar que la cesión, difusión o revelación de las imágenes ha afectado al bien jurídico protegido por el legislador en dicho precepto. Además no cualquier menoscabo de la integridad personal dará lugar al delito del art 197.7 CP, sino que la lesión de la intimidad personal ha de ser “grave”, lo que plantea un lógico problema de indefinición y puede generar dudas acerca de qué conductas llenan el tipo penal y cuáles no. Por ejemplo, parece claro que en el ámbito sexual el delito se cometerá si las imágenes divulgadas tienen un contenido sexual evidente, tal como desnudos o genitales.

Pero sin duda, en otros supuestos las dudas sobre la tipicidad de la conducta serán mucho mayores. Piénsese en fotografías de la víctima en bañador o ropa interior tomadas con su consentimiento: ¿la difusión de esas imágenes sería constitutivas del delito analizado? Resultará extraordinariamente complejo dar una respuesta cerrada. De nuevo tendremos que acudir a la casuística y atender al análisis conjunto del contenido del material divulgado: actitud del sujeto pasivo en las imágenes, su edad y madurez e incluso comportamiento previos del mismo. Así, por ejemplo, difícil será justificar que la divulgación de una imagen en ropa interior o en bañador menoscaba gravemente la identidad del sujeto si éste ha subido varias fotografías propias y similares a redes sociales.

2.4.4. Sujetos del delito. Responsabilidad y consecuencias de las ulteriores difusiones

El tipo se configura como un delito especial de propia mano por cuanto sujeto activo del delito solo puede resultar aquél que ha obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones audiovisuales de éste, y las extrae del reducto de la intimidad de la víctima mediante la realización de la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido.

Tal como ya se ha desarrollado, y conforme al propio espíritu definido en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, debe mantenerse la tesis defendida por otro sector doctrinal (COLÁS TURÉGANO²²) que dibujan el círculo de posibles autores en torno a aquel o aquellos que efectivamente hayan captado o recibido la imagen directamente de la víctima, bien porque directamente el sujeto activo haya realizado la captura de la fotografía o la grabación audiovisual, bien porque haya sido la propia víctima la que le haya proporcionado una u otra. Por lo tanto, sujeto activo no es sólo aquél que mantiene la conducta activa de “captar” la imagen o grabación, sino quien de forma meramente pasiva en ese primer momento, se limita a “recibir” el material, para posteriormente ejecutar alguna de las acciones que describe el tipo penal.

Sujeto pasivo es aquel cuya imagen es fotografiada o grabada, que da su consentimiento para dicha grabación en un contexto de intimidad, pero que no autoriza la difusión a terceros (muy frecuentemente en el contexto de una relación sentimental, en la confianza del consentimiento mutuo a la grabación y con el convencimiento de que la imagen no va a salir de dicho círculo íntimo).

Responsabilidad y consecuencias de las ulteriores difusiones.

Un problema tradicional que suele plantear el sexting es el relativo a la intervención de terceros en la difusión del material obtenido por el sujeto activo, una vez que el mismo sale de la esfera de protección del sujeto pasivo. De esta forma, es conveniente analizar la situación de aquellos que intervienen con posterioridad a la primera difusión y se limitan a reenviar a terceros las imágenes, participando en una cadena de transmisión que parece no tener fin y que contribuyen a la difusión del objeto material del delito.

Lo cierto es que la responsabilidad penal se limita a quien haya divulgado habiendo obtenido previamente y directamente de la víctima la imagen o grabación íntima, quedando excluidas del tipo descrito en el art. 197.7 CP las conductas de todos aquéllos que, producida la divulgación

²² Colás Turégano, Asunción, op., cit, p. 668.

ción, contribuyan a la posterior difusión, sin perjuicio de su posible responsabilidad civil conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y siempre a salvo de que, pudieran ser responsables del delito como partícipes (inductores y cooperadores necesarios) o cómplices, o incluso llegar su conducta a integrar un delito contra el honor o integridad moral de la víctima de darse los requisitos para ello. En opinión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²³ otra solución desbordaría las posibilidades del proceso penal, siendo lógico limitar el radio de acción del delito a quien abre la “caja de pandora”. No obstante, y pese a ser aquélla la tesis mayoritaria, en opinión de algún autor (MAGRO SERVET²⁴) el precepto castiga la conducta con independencia de que el difusor sea o no el primer receptor de las imágenes o simplemente se limite a agrandar la difusión de una grabación ya extendida en la red y, en consecuencia, sea cual sea la intervención del autor del hecho en la cadena de difusión.

Supuesto problemático: imágenes enviadas por error.

El tipo del art. 197.7 CP exige como elemento subjetivo el dolo, no admitiendo una modalidad culposa, de forma que si la cesión, descubrimiento, o difusión es consecuencia de una conducta negligente no habrá responsabilidad penal, sin perjuicio de la citada vía civil.

En esta línea, debe llamarse la atención al supuesto de que sea la víctima la que, por error o negligencia, proporciona sus imágenes a un tercero. En este caso la conducta descuidada de la víctima plantea problemas a la hora de valorar la relevancia penal de la posterior difusión llevada a cabo por el destinatario que recibe el material por error de la víctima (COLÁS TURÉGANO²⁵). Resulta indiscutible la imposibilidad de acudir a las modalidades de revelación de secreto obtenido de manera subrepticia (197.3 CP), pero la posibilidad de aplicar el art. 197.7 CP podría pasar por cuestionar si la voluntariedad en el envío que realiza la víctima abarca toda la extensión de la anuencia que demanda el tipo penal, de tal manera que la errónea identificación del destinatario resultase irrelevante; o si, por el contrario, el error que impregna el envío a un individuo diferente del querido implica que deba quedar excluida la anuencia y, por extensión, la aplicabilidad del tipo.

Consideramos más adecuada esta última posibilidad de inaplicabilidad del tipo penal al supuesto de la difusión del material recibido por error de la víctima, atendido que el receptor tiene nula participación activa en la elaboración y que la voluntad de la víctima adolece de un error esencial que impide considerar que se dé la anuencia del tipo (En este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²⁶).

2.4.5. Conducta Típica: difusión

Las exigencias típicas del precepto quedan colmadas si el sujeto activo difunde, revela o cede a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales. Según el diccionario de la R.A.E. el término difundir equivale a extender, esparcir, propagar físicamente algo, mientras que revelar equivale a descubrir o manifestar lo ignorado o secreto y ceder implica dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho, de donde se deduce que, en principio, parece tener una mayor potencialidad lesiva la primera, ya que es el propio sujeto activo el que divulga o propaga el material obtenido a un número indeterminado de personas, y el sujeto activo pierde todo control sobre las imágenes o grabaciones descubiertas o cedidas y se multiplica la capacidad ofensiva para el bien jurídico (COLÁS TURÉGANO²⁷). No obstante, como apunta RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²⁸, al prever el tipo una horquilla de pena el juzgador puede castigar más

²³ Rodríguez Fernández, Ignacio, op., cit, p. 14.

²⁴ Magro Servet, Vicente, *Los delitos de sexting (197.7) y stalking (172.ter) en la reforma del Código Penal*, p. 4. Ponencia impartida en el curso "Sistema de penas. Delito continuado y concursos delictivos: régimen vigente y perspectivas legislativas".

²⁵ Colás Turégano, Asunción, op., cit, p. 670.

²⁶ Rodríguez Fernández, Ignacio, op., cit, p. 13.

²⁷ Colás Turégano, Asunción, op., cit, p. 669.

²⁸ Rodríguez Fernández, Ignacio, op., cit, p. 15.

gravemente la difusión a un gran público frente al castigo menor que ha de reservar a una revelación puntual.

Una de las cuestiones que plantea el precepto es la de si esa difusión, revelación o cesión debe realizarse a un tercero o a más de uno. El Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal señala que: «El delito se configura como de tipo mixto alternativo (difundir, revelar o ceder a terceros), aunque los términos se equiparan en el sentido de que todos ellos exigen la comunicación o transmisión de las grabaciones o vídeos a terceros, aunque, como se señala por la doctrina, difundir supone un número más amplio e indeterminado de destinatarios de esa comunicación».

Por su parte, algunos autores (QUERALT JIMÉNEZ²⁹) mantienen que basta con una sola persona sea la destinataria de la acción típica de difusión, revelación o cesión, en tanto que el material íntimo ha salido de la zona de control de su titular, resultando ya vulnerado el bien jurídico protegido.

2.5. Penalidad

La pena prevista para el delito del art 197.7 es de prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 12 meses, imponiéndose en su mitad superior si los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge de la víctima o por persona que esté o haya estado unida a ella por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Esta pena ha sido calificada por QUERALT JIMÉNEZ³⁰ como “liviana”, lo que, en su opinión, demuestra una huida hacia el derecho penal, cuando la sanción de esta conducta, si es impropia, correspondería a la jurisdicción civil. Sin embargo, hay quienes como MARTÍNEZ OTERO³¹ consideran que la sanción penal de las conductas analizadas resulta desproporcionada, contraria al principio de intervención mínima y de fragmentariedad del ordenamiento penal. En su opinión, si bien resulta claro que la difusión de sexting o imágenes íntimas de un tercero sin consentimiento pueden ser sumamente lesivas para la intimidad de su protagonista, resulta igualmente claro que el propio afectado es responsable directo del daño sufrido desde el momento en que reveló a un tercero aspectos muy sensibles de su intimidad. Por ello, afirma que acudir al Derecho Penal para que proteja a un sujeto de las consecuencias de sus propios actos no es la mejor solución, máxime cuando las consecuencias a las que nos referimos son tan indeseadas como previsibles, y concluye que el nuevo tipo delictivo avala la irresponsabilidad del sujeto, ofreciendo una solución “paternalista” que da carta de naturaleza a conductas inconscientes.

Evidentemente, la pena es inferior a la que correspondería imponer para quien no cuenta con el consentimiento del sujeto pasivo ni para la captación, ni para la divulgación (Art 197.1. y 3 CP: pena de prisión de 2 a 5 años, pudiéndose imponer conforme al 197.5 CP en su mitad superior si afecta a datos sensibles tales como la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o afectan a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección).

2.5.1. Agravaciones

El párrafo segundo del art. 197.7 CP establece tres circunstancias cuya concurrencia determinará la imposición de la pena en su mitad superior: la condición del autor de cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a la víctima por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; que la víctima sea la menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección; y finalmente que concurra en el autor una finalidad lucrativa.

²⁹ Queralt Jiménez, Joan J. op., cit., p. 337.

³⁰ Queralt Jiménez, Joan J. op., cit., p. 338.

³¹ Martínez Otero, Juan María, op., cit., p. 11.

Cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

La introducción de este referencia en el tipo cualificado fue consecuencia de la sugerencia apuntada en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de reforma del Código Penal: «Se echa de menos que no se haya previsto una agravación cuando la víctima sea el cónyuge o ex cónyuge del sujeto pasivo o persona que conviva o haya convivido con él o mantenga o haya mantenido una relación análoga; excluyendo en este caso la pena de multa por las razones que ya se han expuesto en ese informe».

La redacción de la agravación ha sido objeto de diversas críticas. Así, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ³² considera que de forma sorprendente el tipo se olvida del “ex cónyuge”, ya que no se refiere a quien sea o haya sido cónyuge, obligando así a una interpretación forzada del precepto que pase por la inclusión de la relación conyugal finalizada extendiendo el tipo más allá de lo tipificado o por integrar esta relación concluida entre las de análoga relación de afectividad.

De la mano de esta agravación y en atención, sin duda, a la notable incidencia casuística que la figura descrita en el art. 197.7 CP tiene en el ámbito de la violencia sobre la mujer, la L.O. 7/15, de 21 de Julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha ampliado el ámbito de competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para incluir en el catálogo del art. 87 ter los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y contra el honor, bienes jurídicos sobre los que incide el delito que nos ocupa.

Víctimas menores y discapacitadas necesitadas de especial protección

La agravación de las penas previstas en atención a la vulnerabilidad de la víctima se encuentra en concordancia con la previsión del art. 197.5 CP, que establece iguales consecuencias para el caso de que el origen del material tenga un origen delictivo.

La minoría de edad o discapacidad de la víctima plantea, en todo caso, una dificultad interpretativa en la aplicación del art. 197.7 CP. Dado que el punto de partida del tipo penal es la obtención del material gráfico con la “anuencia” de la víctima, se podría cuestionar si esta categoría de víctimas efectivamente tienen capacidad suficiente para consentir válidamente la difusión de determinados materiales gráficos que afectarán necesariamente a su intimidad. Asumiendo que muy frecuentemente las imágenes y vídeos a que se refiere el art. 197.7 CP tienen un contenido sexual, como la práctica demuestra, debemos tener en cuenta que su elaboración sobre menores de edad o discapacitados es constitutiva de un delito de elaboración de pornografía infantil del art. 189 CP, siendo irrelevante el consentimiento del menor al respecto sin perjuicio de las precisiones que recoge al respecto la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015³³, y que el mero intento de convencer al menor de diecisésis años para que participe en una conducta de sexting puede ser constitutivo de un delito de embaucamiento del art. 183 ter.2 CP. Así pues, si ordenamiento penal rechaza o limita la relevancia del consentimiento de menores³⁴ o discapacitados en la elaboración, podría resultar contradictorio que sí sea relevante el consentimiento en el envío de ese material a priori ilícito a su destinatario final.

En este sentido, entendemos que tanto por la utilización del término “anuencia” (en lugar de otra fórmula como “válido consentimiento”) como por la propia finalidad del precepto, resulta necesario acudir a una interpretación natural y no técnicamente formal del requisito de la voluntariedad en el envío, de tal manera que la condición de menor de edad o discapacitado de

³² Rodríguez Fernández, Ignacio, *op., cit.* p. 16.

³³ Considerando que no concurre antijuridicidad material en los «supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido».

³⁴ Colás Turégano, Asunción, *op., cit.* p. 671.

la víctima no suponga un obstáculo para la aplicación de un tipo penal que precisamente agrava las penas para protección de sus bienes jurídicos personalísimos.

2.6. Precisiones finales: perseguidabilidad y concursos

Siguiendo el régimen general de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el art. 201 CP, para proceder por el delito tipificado en el artículo 197.7 CP será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, reconociéndose esta posibilidad igualmente al Ministerio Fiscal en caso de que la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, reconociéndose además la eficacia del perdón del ofendido a efectos de extinción de la acción penal.

Finalmente, debemos llamar a atención sobre los conflictos que puede plantear el artículo 197.7 CP con otras figuras penales, generando relaciones concursales cuya exacto esclarecimiento vendrá determinado por la futura jurisprudencia en la materia. En este sentido podemos apuntar la relación necesaria entre este delito en su modalidad agravada de víctimas menores de edad y las figuras de difusión de pornografía infantil del art. 189.1.b) CP. Y tanto o más complejo será el caso de que la difusión del material íntimo llegue a ser de especial trascendencia y gravedad (por las circunstancias concurrentes, la entidad de lo representado en el material, la difusión cuantitativa y cualitativa y la repercusión efectiva de la conducta delictiva sobre la víctima), lo que nos puede situar en una afectación de tal entidad que resulte aplicable el delito contra la integridad moral previsto en el artículo 173.1 CP. Así la difusión sería, al tiempo, el medio generador de la lesión de la integridad moral y un paso intermedio de la progresión delictiva que afecta a un bien jurídico diferente -la intimidad- pero estrechamente vinculado con la integridad moral en cuanto ambos son derivaciones de la dignidad humana.

3. Conductas dirigidas a la ilícita incitación al sexting: embaucamiento de menores de dieciséis años para obtención de material

Siguiendo el orden de exposición anticipado supra, pasaremos ahora al examen de los tipos penales que el legislador de 2015 ha dedicado a la sanción de aquellas conductas que se dirigen al embaucamiento de menores de menores de edad con el fin de que los mismos participen activamente en conductas de sexting, proporcionando con ello al autor material susceptible de ser calificado como pornografía infantil, en los términos ahora expuestos en el artículo 189.1 del Código Penal.

La primera aproximación a la regulación penal de estas conductas la encontramos en la reforma de introducida por la LO 5/2010, de 22 junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tipificándose en el entonces artículo 183bis CP “las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual”, como recogía la Exposición de Motivos de la citada L.O. Tomando como base esta figura -mantenida sustancialmente en el actual artículo 183ter.1 CP - y ante las manifiestas insuficiencias del mismo³⁵, especialmente en lo relativo a la remisión en las finalidades al artículo 189 CP, el legislador de 2015 ha pretendido completar la respuesta penal a las conductas de captación de menores por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en un segundo apartado del mismo artículo en que hace suyas casi literalmente -salvo en desafortunadas innovaciones que se dirán- las previsiones del artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos

³⁵ Tal como contundentemente expone el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal: «el tipo, publicitado a bombo y platillo en la reforma operada por LO 5/2010 ha tenido hasta la fecha una nula aplicación, como por lo demás se pronosticó. La doctrina unánimemente denunció las deficiencias del tipo y su práctica inaplicabilidad».

sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo (en adelante Directiva 2011/93/UE)³⁶.

3.1. Proposiciones de encuentro con fines sexuales por medios tecnológicos: child grooming

Son numerosas y bien fundadas las críticas que ha recibido desde la doctrina la regulación que se fijó en el artículo 183bis por la LO 5/2010, de 22 junio, y que la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha perpetuado en el artículo 183ter.1 sin más modificaciones que la derivada de la elevación de la edad del consentimiento sexual y la supresión de la remisión a los artículos 178 a 182 CP.

Dispone actualmente el artículo 183ter.1 CP: «El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Es precisamente la segunda de las finalidades delictivas buscadas por el autor, esto es, la comisión de delitos de los descritos en el artículo 189 CP, la que puede incidir en las conductas que venimos considerando de sexting: si la propuesta, concurriendo todos los requisitos cumulativos del tipo, tiende a un encuentro en el que el autor pretenda que el menor acabe proporcionándole fotografías o vídeos a resultas de la influencia ganada nos hallaríamos ante una forma especial de sexting que revierte en la punibilidad de la conducta de quien insta de un menor de dieciséis años la elaboración del material gráfico para ser a la vez destinatario del mismo, si dicho material es susceptible de ser calificado como pornografía infantil.

Consiguentemente, no es objeto de este estudio realizar un análisis integral del delito tipificado en el artículo 183ter.1 CP sino tan sólo de aquellos aspectos del mismo que condicionan su aplicabilidad a estas formas de sexting.

3.1.1. Antecedentes inmediatos

Como es sabido, la sanción del child grooming no constaba en el Proyecto de Ley, sino que fue introducido a propuesta del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en atención a la incipiente regulación en el Derecho comparado de la materia³⁷, si bien la Enmienda 351 no se correspondía con el artículo 183 bis finalmente aprobado, dado que en la misma no se realizaba diferenciación alguna en atención a la concreta edad del menor afectado ni se incorporaba referencia a finalidades relacionadas con la pornografía infantil.

A su vez, la LO 5/2010, de 22 de junio, aunque el apartado XIII de la Exposición de Motivos parecía vincular la introducción de la nueva figura a la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, uniendo la argumentación sobre la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis («De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años») a la justificación de un nuevo artículo 183 bis relativo al «internacionalmente denominado “child grooming”», sin embargo tal inclusión no podía res-

³⁶ Y no “Directiva 2011/92/UE”, como originalmente fue publicada. La identificación numérica de la Directiva 2011/93/UE fue rectificada en la corrección de errores publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de enero de 2012.

³⁷ Enmienda número 351, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9, de 18/03/2010. “El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con él mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos Capítulos precedentes de este Título, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento”.

ponder a la necesidad de transposición dado que dicha conducta no se encontraba entre las reflejadas por la Decisión Marco, puesto que la misma no abordaba de manera expresa la cuestión aun cuando pudiera llegar a tener cabida implícitamente en el listado de infracciones que realiza al recoger, dentro de las relativas a la explotación sexual de los niños en el artículo 2, las infracciones relacionadas con la pornografía infantil del artículo 3³⁸. Lo cierto es que, pese a no indicarlo la Exposición de Motivos, la redacción del artículo 183bis derivó de las previsiones que estableció el artículo 23³⁹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (en adelante Convenio de Lanzarote), si bien éste no entró en vigor en España hasta el 1 de diciembre de 2010.

La propia inclusión de la nueva figura suscitó en la doctrina no pocas críticas que entendieron la tipificación del child grooming como una reacción del legislador a corrientes y presiones mediáticas, una respuesta a la alarma social surgida ante determinados casos mediáticos sin que se haya constatado la existencia de un problema social (HORTAL IBARRA⁴⁰), o una “reacción espasmódica del legislador a la actualidad informativa” (VILLACAMPA ESTIARTE⁴¹).

No podemos, sin embargo, compartir este punto de vista. La regulación penal que se abordó en esta materia en 2010, sin perjuicio de sus no pocas deficiencias, respondía a una realidad más allá de los titulares de prensa y los instrumentos internacionales ratificados (o que eran de inminente ratificación) por España. Baste, como muestra, citar la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2014, donde se indica que «Sin duda los delitos que afectan a la libertad e indemnidad sexual de los menores se están viendo potenciados por la generalización en el uso de las TICs. En este apartado incluimos básicamente los delitos de pornografía infantil y/o de personas discapacitadas y el acoso a menores a través de la red, conocido internacionalmente como child grooming aunque ha de indicarse que estas últimas conductas, cuando la víctima resulta ser mayor de 13 años, se están reconduciendo a otros tipos penales como la coacciones y/o amenazas, los delitos contra la integridad moral, los de descubrimiento y revelación de secretos e incluso los de pornografía infantil, dadas las limitaciones legales que plantea la aplicación del vigente artículo 183 bis del C. Penal»⁴². No es, por tanto, la oportunidad de la inclusión lo que creemos merecedora de crítica, sino la concreta tipificación finalmente plasmada.

Finalmente, la Directiva 2011/93/UE, ha venido a contemplar estas conductas en su artículo 6, relativo al “Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”, si bien el enfoque del artículo 6.1 de la Directiva en relación a estas conductas no ha motivado revisión o modificación alguna en la estructura del tipo. Ello no obstante, como veremos, no debe impedirnos tenerlo en consideración como elemento orientador de la difícil interpretación que demanda la formulación del artículo 183ter.1 y su relación con el artículo 183ter.2 CP.

³⁸ Así, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil recogía en el artículo 2, relativo a “Infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños, preveía la sanción de la conducta consistente en «c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: ... iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño». Asimismo, en su artículo 3, de Infracciones relacionadas con la pornografía infantil, contemplaba el castigo «se realicen mediante sistemas informáticos o no» de «a) producción de pornografía infantil... d) adquisición o posesión de pornografía infantil».

³⁹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Artículo 23. Proposiciones a niños con fines sexuales: «Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del art. 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a) del art. 18 o al apartado 1.a) del art. 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro».

⁴⁰ Hortal Ibarra, Juan Carlos. *El nuevo delito de child grooming (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?* p.429. Garantías constitucionales y Derecho penal europeo, (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, dirs. / Gómez Martín, coord.). Marcial Pons. 2012.

⁴¹ Villacampe Estiarte, Carolina. *Propuesta sexual telemática a menores u child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación.* p.674. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV. 2014. p.639-712.

⁴² Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2014, p.541 (correspondiente a la actividad del Ministerio Fiscal del año 2013).

3.1.2. Bien jurídico protegido

Tampoco la identificación del bien jurídico protegido ha sido una cuestión pacífica. Sirve de orientación sobre la voluntad del legislador su ubicación en el Título VIII, relativo a “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” conforme a la rúbrica establecida por la LO 1/1999, de 30 de abril. Y, dentro de éste, en el Capítulo II bis, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de diecisésis años”, creado por la LO 5/2010, de 22 de junio, y renombrado por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Ello no obstante, son distintas las posiciones que se han mantenido desde la doctrina.

Así, se ha considerado que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual puesto que sólo pueden ser víctimas de estos delitos los menores de diecisésis años, trece antes de la reforma de 2015, al ser ésta la edad fijada por el legislador para el consentimiento sexual. Consiguientemente, nos hallamos fuera del ámbito de la libertad sexual cuando hablamos de menores que no pueden prestar válidamente su consentimiento para mantener relaciones sexuales, sin perjuicio de las consideraciones que se harán *infra* en relación a las consecuencias del nuevo artículo 183 quáter CP. Sin embargo, dentro del ámbito de la indemnidad sexual autores como DOLZ LAGO⁴³ han entendido que debe apreciarse una doble vertiente: desde el punto de vista individual, ha de considerarse puesta en peligro la indemnidad sexual del menor contactado por el autor del delito entendida ésta como el normal desarrollo y formación de la vida sexual; pero, más allá de este carácter, advierte la existencia de una vertiente supraindividual que debe identificarse con protección de la infancia en general, pues es éste colectivo en su integridad el que se encuentra expuesto a potenciales acciones delictivas -en forma de los contactos tipificados- que, de producirse, afectarán a la indemnidad individual de cada uno de sus miembros.

El reconocimiento de la protección de la infancia como bien jurídico digno de protección puesto directamente en relación con la indemnidad y la libertad sexual ya había sido contemplado por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2006 sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil, tanto a la hora de la elaboración de estos materiales (indicándose que lesionan la dignidad de la infancia aun cuando se trate de un bien jurídico eclipsado por la necesaria protección de la indemnidad sexual del menor involucrado en actividades sexuales con fines o intereses pornográficos) como en relación a los delitos de distribución y posesión de pornografía infantil, donde no protegen bienes personalísimos sino la seguridad de la infancia en abstracto y su dignidad, adelantando las barreras de protección y atacando el peligro inherente a estas conductas⁴⁴. En la misma línea podemos encontrar posicionado al Consejo Fiscal en el informe de 8 de enero de 2013⁴⁵ en relación al estudio de la justificación de la tipificación de la pornografía virtual y técnica. Finalmente, la reciente Circular 2/2015 sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 hace suyo tal criterio al afirmar de manera clara “como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general”⁴⁶.

Aunque esta doble concepción del bien jurídico protegido ha sido respaldada por algunos sectores doctrinales, que han llegado incluso a considerar que el bien jurídico protegido es la seguridad de la infancia en la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación⁴⁷ (GONZÁLEZ TASCÓN), no ha sido una posición unánimemente aceptada. En contra de este planteamiento se ha rechazado la visión del bien jurídico colectivo o supraindividual, plante-

⁴³ Dolz Lago, Manuel-Jesús. *Un acercamiento al nuevo delito child grooming. Entre los delitos de pederastia*. Diario La Ley, Nº 7575, Sección Doctrina, 23 de Febrero de 2011, Ref. D-86, Editorial LA LEY.

⁴⁴ Consulta número 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

⁴⁵ Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 8 de enero de 2013. p.184.

⁴⁶ Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

⁴⁷ González Tascón, María Marta. *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*. Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI. 2011. p. 207-258.

ando que nos hallamos ante un único bien jurídico protegido, la indemnidad sexual⁴⁸ o el derecho a un desarrollo y una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización llegando a plantearse que la seguridad de la infancia en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación como objeto de protección en sí mismo “no parece revestir las condiciones mínimas aceptables para ser configurada como un nuevo bien jurídico en el contexto de un Derecho penal respetuoso con los límites que impone el principio de intervención mínima (FERRANDIS CIPRIAN)⁴⁹.

También parece ser ésta última la posición adoptada por el Tribunal Supremo en relación al bien jurídico protegido. Así, en la STS 864/2015, de 10 de diciembre (Ponente: Antonio Del Moral García), se cuestiona el bien jurídico protegido en el artículo 183bis, 183ter actual, para valorar la relación concursal que se produce cuando el contacto telemático deriva en una relación sexual entre el autor del delito y el menor de trece (ahora diecisésis años) contactado, indicando de manera tajante que “Estamos ante dos conductas que tutelan un mismo bien jurídico”, reafirmando lo que ya había establecido la STS 97/2015, de 24 de febrero (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre), esto es, que “el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años”, sin entrar a considerar la protección de otros supraindividuales.

3.1.3. Elementos del tipo

La tipificación de las conductas que describe este precepto supone una anticipación de la barrera punitiva al determinar la sanción de conductas que por sí solas podrían quedar comprendidas en el ámbito de los actos preparatorios y, consiguientemente, ausentes de reproche penal. Difícilmente la mera proposición de encuentro en el curso de una relación verificada en un entorno digital podría tener la consideración de acto ejecutivo -y consiguiente apreciación de la tentativa- de un delito de agresión o abuso sexual o, por lo que refiere a la captación o embaucamiento buscado para que el menor participe en conductas de sexting, la obtención de pornografía infantil.

En todo caso, el legislador ha confeccionado a partir de la incorporación casi mimética del Artículo 23 del Convenio de Lanzarote y, posteriormente, el Artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE⁵⁰, un tipo mixto acumulativo que precisa de la concurrencia simultánea de una serie de requisitos objetivos algunos de ellos de tan abierta interpretación que ha hecho incluso cuestionable la aplicabilidad del precepto a los supuestos que se intentó perseguir con la reforma introducida en por LO 5/2010, de 22 de junio, esencialmente ratificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y sólo parcialmente subsanado en lo relativo a la pornografía infantil en el nuevo artículo 183 ter.2 CP.

Tecnologías de la información y la comunicación.

El primer requisito que establece el artículo 183ter.1 del Código Penal es que el contacto entre el infractor y el menor se desarrolle por medio de “tecnologías de la información y la comunicación”. Tal expresión, convencionalmente aceptada en el ámbito internacional y recogida en exactos términos por el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE, es ejemplificada por el legislador español, citando Internet o el teléfono. Se trata por tanto de un listado abierto que da cabida a cualesquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen de conexión a Internet o una línea telefónica (entendiendo que es éste el sentido que

⁴⁸ Villacampa Estiarte, Carolina. *Op. cit.* p.639-712.

⁴⁹ Ferrandis Ciprián, Daniel. *El delito de childgrooming (art. 183 bis CP). Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial.* 2014. p. 185-202.

⁵⁰ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Artículo 6. Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

pretende el legislador cuando se refiere al teléfono, y no al terminal en sí), como, por ejemplo, aplicaciones de comunicación social basada en Bluetooth u otros sistemas.

El carácter determinante del medio de comunicación empleado parece descartar la aplicación del precepto a supuestos en los que la relación se desarrolle mediante el contacto físico entre el autor y víctima, aunque se apoye y eventualmente la proposición consumatoria tenga lugar por vía digital. Tal exclusión deriva de la propia finalidad del precepto: la preocupación por el “uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores⁵¹” proviene de la facilidad para el anonimato y la extensión potencial del número de víctimas, elementos estos que han hecho que el Tribunal Constitucional dé una especial cualificación a los delitos cometidos por medio de tecnologías de la información⁵². Por tanto, desapareciendo tales notas por la concurrencia de una relación física, no tendría sentido la aplicación del precepto.

Se ha planteado, no obstante, que la realización de la conducta típica pueda darse a partir de un primer contacto directo personal que se prolongue después por medios tecnológicos entendiendo que la captación o embaucamiento, favorecido por el uso de medios tecnológicos⁵³, no se agota en los contactos iniciales. Y en esta misma línea cabe cuestionarse si el contacto por estos medios debe tener una duración mínima o si el mero contacto casi inmediatamente seguido de una proposición es bastante para satisfacer las exigencias del tipo. Nótese que, frente a la mera “propuesta” que demandan el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE el legislador español hace un desdoblamiento de términos al exigir que a través de los medios técnicos se “contacte” y se “proponga”. Por tanto, no puede bastar una simple proposición que no haya sido precedida de un contacto, planteándose así qué requisitos debe tener el mismo y, en concreto, si debe tener una entidad bastante para poder hablar de una relación propiamente dicha atendida, interpretación que parece coherente con la finalidad buscada por el legislador, con la propia figura de child grooming y con la definición que de “contacto” hace la Real Academia de la Lengua⁵⁴.

Minoría de dieciséis años.

La protección dispensada por el artículo 183 ter.1 CP viene referida exclusivamente a menores de dieciséis años, habiéndose elevado a través de la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, desde los trece años inicialmente establecidos en la redacción original del precepto, siendo consecuencia directa de la elevación de la edad establecida por el legislador para la relevancia del consentimiento sexual.

Esta limitación del ámbito de protección es coherente en los casos en que la conducta del autor del delito busque la verificación de una relación sexual con el menor de tal edad ya que la misma será en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, como consecuencia de la irrelevancia del consentimiento del niño. Sin embargo, cuando la finalidad buscada no es la de mantener una relación sexual delictiva sino la de obtener pornografía infantil en los términos del artículo 189 CP, supuesto en el que nos hallamos cuando tratamos de la participación de menores en conductas de sexting, puede debilitarse la coherencia del planteamiento legislativo. Mientras que las relaciones sexuales libremente consentidas de mayores de dieciséis años no son penalmente sancionables, en el caso de elaboración de pornografía infantil la conducta será en todo caso sancionable y la mayoría o minoría de dieciséis años de la víctima sólo

⁵¹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Preámbulo. “Constatando que la explotación y el abuso sexual de los niños han adquirido dimensiones preocupantes tanto a nivel nacional como internacional, especialmente por lo que respecta al uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores, y que, para prevenir y combatir dicha explotación y abuso, es indispensable la cooperación internacional”.

⁵² Así, Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2006, de 3 de abril (BOE núm. 110 de 9 de mayo de 2006), que alude en su Fundamento Jurídico Cuarto a que “la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos (...) deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito”.

⁵³ Dolz Lago, Manuel-Jesús, *op., cit.*

⁵⁴ “Relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades”.

determinará la concurrencia del tipo básico o del subtipo agravado, sin que el artículo 189 CP confiera relevancia alguna al consentimiento del menor afectado. Así pues, no tiene sentido perseguir la proposición de encuentro dirigida a mantener relaciones sexuales con un menor de más de dieciséis años porque la relación sexual, de ser libre y consentida, no será punible; sin embargo, se deja de perseguir la proposición de encuentro dirigida a lograr que un menor de más de dieciséis años participe en la elaboración de material pornográfico y ello pese a que de lograrse el fin la conducta será penalmente reprochable.

No obstante, la elevación del límite de edad del menor en los dieciséis años, y no en los trece como constaba inicialmente en la redacción de 2010, resulta más acertado desde el punto de vista material del objetivo de protección de la infancia que se pretende lograr y ello aunque tal elevación podría decirse que, en el caso del artículo 183ter no parece tanto una edad deliberadamente buscada para este tipo penal sino sólo una consecuencia en cadena de la elevación general de la edad del consentimiento sexual, pues éste es el término de referencia que miméticamente se incorpora desde el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE.

Así, en regulación previa del artículo 183 bis había sido criticada la aplicación sólo a los menores de 13 años ya que no sólo éstos están expuestos a la acción de delincuentes sexuales que actúen sirviéndose de tecnologías de la comunicación y que puedan persuadirlos o forzarlos a participar en la elaboración de pornografía infantil, si no que tal exposición abarca la adolescencia en su integridad⁵⁵.

Proposición de encuentro.

Otro requisito previsto en el artículo 183bis, ahora en el 183ter.1, y que responde directamente a las previsiones del artículo 23 del Convenio de Lanzarote y el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE es la exigencia de que el delincuente proponga concertar un encuentro con el menor con los determinados fines que se especifican.

De la propia redacción del precepto resulta que la consumación, en caso de concurrir los restantes elementos del tipo, se producirá por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación. No obstante, esta interpretación no es compartida por toda la doctrina considerando algunos autores que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguiría cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se iniciaran actos destinados a que se ejecute la misma⁵⁶.

Particularmente complejo, a la par que esencial para considerar este tipo penal como una respuesta adecuada del legislador español a las conductas de child grooming y sexting, será la precisión exacta del concepto de “encuentro” a que obliga el precepto, esto es, si debemos entender que sólo cabe que dicho encuentro entre autor y víctima sea físico o bien puede aplicarse a encuentros verificados en un entorno digital, tales como videoconferencias a través de programas o redes sociales que permitan tal posibilidad. Circunscribiéndonos a los fines recogidos en el artículo 189 CP, una interpretación restrictiva que limitase los encuentros al ámbito estrechamente físico que demande la convergencia de autor y víctima en un mismo espacio y tiempo

⁵⁵ Así queda de manifiesto, por ejemplo, en el estudio sobre “La Generación Interactiva en España, 2009”, que arrojaba como resultado que un 71% de los menores utiliza redes sociales concretándose en que a partir de los catorce años el uso de dichas redes sociales supera el 80% hasta alcanzar una cota máxima de uso del 85% a los diecisiete años (BRINGUÉ, Xavier y SÁBADA, Charo. “Menores y Redes Sociales”. p.24 y 25 (Colección Generaciones Interactivas. Fundación telefónica), y respecto al uso de telefonía móvil inteligente, el “Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles” (Observatorio de Seguridad de la Información. INTECO. Noviembre, 2011. (en http://www.inteco.es/file/dHZTuGhSwuU_Q1i88xyWtA) expone cómo la edad media de acceso a estos terminales está en los trece años de edad y que el acceso a redes sociales por los menores desde ellos se sitúa en un índice del 54,3% en 2011, frente a tan sólo un 7,1% que se registró en 2010, afirmando el Estudio que el 3,8% de los menores afirma que haber sido contactados por adultos desconocidos con la intención de conocerles.

⁵⁶ Magro Servet, Vicente. *El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal*. Diario La Ley, N° 7492, Sección Tribuna, 20 Oct. 2010, Año XXXI, Ed. LA LEY.

“físicos” (VILLACAMPA ESTIARTE) como la propuesta por un amplio sector doctrinal⁵⁷ haría que la aplicabilidad del tipo quedase circunscrita a los casos en que vaya a elaborarse pornografía infantil en un estudio u otro lugar habilitado para la grabación, pero quedarían fuera los supuestos, infinitamente más frecuentes, en los que el material se produce mediante la grabación o captura de las acciones que el menor es compelido a realizar frente a una *webcam*.

A falta de exclusión expresa en la redacción, el encuentro a que se refiere el artículo 183ter.1 CP, no niega la cabida a encuentros digitales en los que se estaría produciendo un intercambio de imagen y sonido y una concurrencia de los dos sujetos en el tiempo, con la única diferencia frente a una reunión presencial de la imposibilidad del contacto físico directo (lo cual, en todo caso, es totalmente prescindible para utilización de menores en la elaboración de material pornográfico infantil). De lo contrario, un precepto que responde a “la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra los menores” mediante el castigo de “las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores”, en términos de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 que introdujo la redacción original –no variada en cuanto a esto-, resultaría inaplicable si no hay una proyección de tales conductas fuera de las propias tecnologías de la comunicación.

En este sentido se ha mostrado recientemente el Tribunal Supremo en sentencia 301/2016, de 12 de abril (Ponente: Marchena Gómez), exponiendo que “las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre), son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores”.

Actos materiales encaminados al acercamiento.

La proposición del autor deberá ir acompañada, además, de la ejecución de actos materiales encaminados al acercamiento, lo cual ha de conducir a nuevamente a realizar una labor interpretativa.

De una parte, será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean “materiales” implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejarse más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por gran parte de la doctrina, pudiendo así tener tal consideración actos como la reserva de una habitación de hotel y debiendo descartarse los propios actos integrados dentro de la comunicación desarrollada entre autor y víctima, tales como la conexión de una *webcam*. Aun cuando este último ejemplo no cabe duda que es un acto material (integrado por la conexión y activación de la cámara, la apertura del programa de videoconferencia y la conexión entre los interlocutores) no puede tener reconocida una sustantividad propia distinta de la meramente instrumental al servicio de la relación telemática y, por tanto, debe entenderse integrada dentro del “contacto con un menor” que exige expresamente el tipo penal.

Más compleja será la interpretación que deba darse a determinadas actuaciones que se encuentran en la frontera entre lo físico y lo digital. Piénsese, por ejemplo, en el envío de foto-

⁵⁷ Villacampa Estiarte, Carolina. *Op. cit.* p.639-712.

grafías de carácter sexual enviadas por el autor al menor para desinhibirle y procurar que, siguiendo el ejemplo recibido, acabe haciendo fotos desnudo. Este envío presenta una vertiente material (el acto de pulsar las teclas necesarias para verificar el envío) netamente subordinada a una vertiente digital (el envío de archivos entre dispositivos) pero no necesariamente por ello debe descartarse *a priori* como acto material a efectos del tipo puesto que lo determinante, a nuestro entender, ha de ser la finalidad buscada, siempre que es acto participie de una vertiente material. Así, por ejemplo, volviendo al ejemplo claro de la reserva de una habitación de hotel para mantener relaciones sexuales con el menor, que la mencionada reserva no fuese realizada en persona sino mediante Internet no puede llevar a la conclusión absurda de que la reserva *on line* excluya la aplicación del tipo, y ello pese a que no habría existido más actuación material que en el caso del envío de fotografías.

Así pues, debemos prestar especial atención, por su valor definitorio del requisito típico, a la necesidad de que los actos vayan “encaminados al acercamiento”. Tal finalidad, sin embargo, admite una doble interpretación.

Teniendo en consideración que una de las fases características del child grooming es la seducción al menor para subyugar su voluntad⁵⁸, hasta el punto de que el término lleva implícita esta fase⁵⁹, una primera aproximación al tipo parece que debe situar el “acercamiento” en los términos del estrechamiento de la relación de seducción o embaucamiento, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el afecto y confianza de la víctima, tales como el envío de regalos. Esta interpretación, además, se encuentra en sintonía con la idea del prelegislador cuando se planteó por vía de enmienda⁶⁰ la sanción de la conducta consistente en “lograr un acercamiento” mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, en el precedente inmediato de lo que acabó siendo el artículo 183bis introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio.

Frente a esta posibilidad, cabe igualmente entender el “acercamiento” a que deben encaminarse los actos materiales como el propio “encuentro” cuyo concierto propone el autor al menor al consumar el tipo. Esta segunda vía interpretativa lleva, necesariamente, a una restricción de la aplicabilidad y supone desplazar el punto de mira a la hora de mesurar la potencial peligrosidad de la conducta. En la acepción anterior se focaliza la gravedad (que justifica el adelantamiento de las barreras punitivas) en la estrecha relación que lleva a la subyugación y que pone al menor a merced de la voluntad de un depredador sexual; sin embargo, en la segunda acepción el foco se centra en la seriedad del encuentro, esto es, en las posibilidades reales de que, en caso de aceptar el menor, el encuentro llegue a producirse, manifestada esta seriedad a través de acciones con entidad propia que tiendan a hacerla efectiva.

La segunda interpretación, más restrictiva, ha gozado de defensa dentro de un importante sector doctrinal, que ha entendido necesaria esta interpretación más restrictiva precisamente por tratarse de un tipo delictivo que eleva a la condición de delito autónomo lo que materialmente no son más que actos preparatorios (GÓMEZ TOMILLO)⁶¹. Acudiendo a la fuente original que inspiró la redacción del artículo, esto es, el Convenio de Lanzarote, vemos que era esto también lo buscado, dada la utilización el Artículo 23 de la expresión “actos materiales conducentes a

⁵⁸ «Utilizando tácticas como la seducción, la provocación, el envío de imágenes de contenido pornográfico, consigue finalmente que el/la menor se desnude o realice actos de naturaleza sexual frente a la webcam o envíe fotografías de igual tipo». Dolz Lago, Manuel-Jesús. *Op. cit.*

⁵⁹ «...es útil saber que la expresión “grooming” —que se traduce al español como “acicalamiento” o “aseo” y, en el contexto sexual, como “acoso”—, recoge dos notas que suelen estar presentes en los supuestos de aproximación al menor a través de Internet: la seducción y la persecución». Miriam Cugat Mauri. La tutela penal de los menores ante el grooming: entre la necesidad y el exceso. La Ley Penal, Nº 107, Sección Estudios, Marzo-Abril 2014, Ed. LA LEY

⁶⁰ Enmienda número 351, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9, de 18/03/2010. “El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con él mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos Capítulos precedentes de este Título, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento”.

⁶¹ Gómez Tomillo, Manuel. *Comentarios prácticos al Código Penal*. Tomo II, 1^a ed., Aranzadi. Noviembre. 2015.

dicho encuentro”; y ninguna novedad aporta en este punto el Artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE, que se refiere a “actos materiales encaminados al encuentro”⁶².

La jurisprudencia no ha fijado aún un criterio interpretativo en relación a los actos materiales encaminados al acercamiento. La citada STS 97/2015, de 24 de febrero (Ponente: Berdugo y Gómez de la Torre), de hecho, recoge todas estas posibilidades sin optar por ninguna de ellas: «la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio “encuentro”. De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP. Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean “materiales” implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como “encaminados al acercamiento”, no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar».

Igual de poco categórica resulta la STS 527/2015, de 22 de septiembre (Ponente: Martínez Arrieta): «En todo caso los actos deben ir “encaminados al acercamiento”, finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio “encuentro”».

No aporta más luz la jurisprudencia menor que, atendiendo a la casuística y generalmente en atención a supuestos de encuentros para la comisión de abusos sexuales, no para la obtención de pornografía infantil, llega a dispares resultados. Así, encontramos considerados “actos materiales encaminados al acercamiento” los envíos de mensajes del condenado al menor⁶³, el envío de fotografías a la víctima⁶⁴ o la propia personación del acusado en el domicilio en que se ha concertado la cita⁶⁵, siendo éste precisamente el ejemplo que utilizaba informe explicativo del Convenio de Lanzarote sobre el tipo de actos materiales conducentes al encuentro demandados por su artículo 23⁶⁶.

⁶² Tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE, en sus versiones oficiales en inglés, emplean exactamente la misma expresión, “material acts leading to such a meeting”, quedando así claro por el uso del término *meeting* que en todo caso se está atendiendo al encuentro, no a la relación.

⁶³ SAP Barcelona, sec. 7^a, nº 1055/2014, de 22 de diciembre: «En el caso sometido a enjuiciamiento de este Tribunal, entendemos que se dan todos los requisitos para poder condenar por este tipo penal; el acusado, Eugenio, reconoció haber contactado con la menor Sara, y haberle remitido todos los mensajes que obran en la causa en los folios 18 a 20, parte de los cuales se han declarado probados en su literalidad. Como revelan algunos de ellos iban destinados al acercamiento, acreditado este requisito típico porque de hecho se produjo una cita en la que ambos, el acusado y la menor, entraron en contacto en la estación de tren de Gavá».

⁶⁴ SAP Ourense, sec. 2^a, nº 373/2013, de 4 de octubre: «El propósito normativo a que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la punición de proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto del pene erecto que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulado ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas.».

⁶⁵ SAP Barcelona, sec. 6^a, nº 676/2013, de 19 de julio: «Concurren (...) la propuesta de concertar un encuentro con fines sexuales y la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, puesto que el acusado llegó a realizar una visita al domicilio de aquél tras averiguar su dirección y asegurarse de que iba a estar solo en la casa».

⁶⁶ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse. Lanzarote, 25.X.2007. p.23 (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3832>)

Finalidad del encuentro.

Por último, el artículo 183ter.1 CP exige que el encuentro propuesto por el delincuente responda a la finalidad de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 CP.

En la redacción anterior a la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 183 bis remitía a los artículos 178 a 183 y 189, lo cual había sido objeto de crítica: al establecer el artículo 183bis que exclusivamente los menores de trece años pudieran ser víctimas hubiera bastado con la remisión al artículo 183, que abarca todo abuso o agresión sexual contra los niños que no alcancen tal edad. Consiguientemente en la redacción dada por la reforma al 189ter.1, la remisión se refiere únicamente a los artículos 183 y 189, esto es, a los delitos de agresión y abuso sexual, utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, elaboración de material pornográfico y otras figuras relacionadas con la pornografía infantil.

Ahora bien, la remisión en bloque al artículo 189, que supone que también que quedan comprendidos los delitos de distribución o exhibición de pornografía infantil (en este caso siendo los destinatarios los propios menores), ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina, habiéndose planteado incluso, pese al tenor literal, “abogar por una interpretación restrictiva, que evite el riesgo de atribuir relevancia típica al hecho de pretender tan sólo exhibir o facilitar material pornográfico al menor, para uso de éste o posterior difusión de otras personas. Así, sólo quedarán abarcados por el tipo (...) los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos”⁶⁷.

La aplicación práctica del precepto, no obstante, puede verse afectada por las dificultades probatorias que derivan de la necesidad de acreditar este elemento subjetivo, particularmente en aquellos casos en que el delito subsiguiente no llegue a verificarse por no haberse llegado a aceptar o verificar el encuentro propuesto, puesto que habrá que deducir la finalidad de la cita ofrecida del contexto de la relación que se ha mantenido, según lo que resulte de las declaraciones de víctima y testigos, conversaciones que consten registradas y datos y archivos informáticos.

Además, por la forma en la que está redactado el artículo 183ter.1, “proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189”, parece demandar que la finalidad de abuso o explotación no se refiera a la intención general de la relación mantenida con el menor, sino al encuentro mismo que se propone. Por lo tanto, resulta cuando menos discutible la tipicidad de una propuesta de encuentro cuya finalidad inmediata no sea la de cometer en el curso de la cita un delito de los tipificados en los artículos 183 o 189. Así, por ejemplo, la propuesta de encontrarse para estrechar la relación de intimidad, proyectando mantener relaciones sexuales con el menor en un segundo encuentro aprovechando la confianza generada por el primero.

3.1.4. Penalidad

El artículo 183ter.1 CP prevé para el tipo básico la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, agravando las penas *in fine* en aquellos casos en que el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño, previsión excede de las exigencias derivadas del Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE, que no hacen referencia alguna a estas circunstancias.

Ha sido objeto de justificada crítica en la doctrina que se establezca como subtipo agravado la conducta que de ordinario integra el child grooming, lo que lleva en definitiva a un vaciado casi total del tipo básico (CUGAT MAURI⁶⁸ o GONZÁLEZ TASCIÓN⁶⁹, por otros). Esta figura, en

⁶⁷ Tamarit Sumalla, Josep María. “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores, artículos 178,180, 181, 183, 183 bis CP”, en “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”. Ed. Aranzadi - Thomson Reuters, 2010. p 165-172.

⁶⁸ Cugat Mauri, Miriam. *Op. cit.*

⁶⁹ González Tascón, María Marta. *Op. cit.* p. 207-258.

los términos convencionalmente aceptados y asumidos por el propio legislador en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, llevará consigo elementos coactivos o intimidatorios cuando el autor demande al menor la atención a sus requerimientos bajo la amenaza de difundir imágenes, vídeos o información relativa a su más estricta intimidad que, tras el tiempo que ha durado la relación, ha llegado a serle conocido. Igualmente se darán casi de forma unánime engaños, aparentando el delincuente un sexo o edad diferentes, suplantando la personalidad de conocidos de la víctima u otros menores.

En todo caso, por lo que refiere al engaño susceptible de agravar la penalidad hasta fijarla en la mitad superior del marco punitivo, se ha planteado si cualquier engaño puede satisfacer el subtipo agravado o si debe referirse a circunstancias esenciales que hayan sido determinantes para establecer el contacto o mantener la relación, habiéndose planteado por algún sector de la doctrina que debe hacerse una interpretación restrictiva de la literalidad del precepto, de manera que deba ser de cierta entidad y no simplemente referido a cuestiones incidentales no determinantes de la voluntad del menor (RAMOS VÁZQUEZ)⁷⁰.

Una de las cuestiones más controvertidas que se han suscitado a resultas de la inclusión del artículo 183 bis CP, ahora 183 ter.1, es la cláusula concursal con arreglo a la cual las penas previstas en el precepto se impondrán “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”, habiéndose puesto de manifiesto que carece de sentido penal por el delito de peligro y también por el delito de lesión puesto que, si nos encontramos ante un adelantamiento de las barreras punitivas, estamos sancionando una conducta que, de seguir adelante, pondría en marcha la realización de actos que integrarían la ejecución de los tipos penales descritos en los artículos 183 y 189 CP y que, de ejecutarse los necesarios, supondrían la consumación de tales delitos. Así pues, la previsión de castigo autónomo conlleva de suyo la sanción tanto de los actos preparatorios como del delito que se preparó. Por ello, muy acertadamente se ha indicado que los problemas llegan al límite cuando se estime que se ha incidido en la tentativa de los delitos del art. 183 y 189 (GÓMEZ TOMILLO)⁷¹.

Pese a las críticas recibidas, la redacción de la cláusula había sido considerada (y precisamente por ello criticada) como la determinación por el legislador de un necesario concurso real entre delitos⁷².

Esta precisión legal, no obstante, debe ser en este momento objeto de nueva revisión. En primer lugar, porque aunque la literalidad de la redacción pudiera hacerla aplicable no sólo a los delitos contra la indemnidad sexual a que pudiera llegar a dar lugar la conducta tipificada, sino a cualesquiera otras infracciones que hubiesen podido producirse en el curso de la misma, consideramos que no puede alcanzar a los delitos de amenazas o coacciones verificadas sobre el menor dado que su concurrencia implicará la aplicación del subtipo agravado, pudiendo incurrirse en una vulneración del principio non bis in idem. Apoya esta interpretación la ubicación sistemática de la referencia a la coacción y la intimidación, posterior a indicar el castigo independiente de “*los delitos en su caso cometidos*”.

En segundo lugar, es de obligada cita en este punto la ya referida STS 864/2015, de 10 de diciembre (Ponente: Antonio Del Moral García). En el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal se entendió indebidamente inaplicado el artículo 183bis, en la redacción previa a la LO 1/2015, de 30 de marzo, por cuanto la sentencia de instancia recurrida consideró que los delitos de abuso o agresión sexual tipificados en el art. 183 CP absorben la eventual tipicidad previa del art. 183 bis al tratarse de un concurso de normas penales a solventar con aplicación del art. 8.3 CP; se sostuvo así que habría entre ambos una relación de concurso real (en su caso, medial) y no un concurso de normas penales, apoyándose para ello el re-

⁷⁰ Ramos Vázquez, José Antonio. *El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*. Diario La Ley, Nº 7746, Sección Doctrina, 29 de Noviembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-452, Ed. La Ley.

⁷¹ Gómez Tomillo, Manuel. *Op. cit.*

⁷² Así, por ejemplo, en SAP Albacete, sec. 1^a, nº 221/2015, de 22 de septiembre.

curso en el inciso que se estudia, “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos en su caso”. El recurso del Fiscal fue desestimado y la sentencia, apoyándose en la identidad de bienes jurídicos protegidos en ambos casos, la indemnidad sexual, propone y asume una interpretación de la literalidad del actual artículo 183ter.1 «más armónica con la implícita prohibición constitucional del bis in idem», para lo cual entiende que a lo que obliga la cláusula es a «tomar en consideración otras tipicidades cometidas, bien para imponer las respectivas penalidades (si cabe el concurso de delitos: v.gr., amenazas,...), bien para desplazar a esta (si estamos ante un concurso de normas) normas». En este supuesto concreto esto último es lo que sucede. Los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste. El delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva (...) La sentencia de instancia lo razona impecablemente en el apartado 5.b del fundamento de derecho sexto. Otra interpretación lesionaría el *non bis in idem*, si bien la holgura penológica que brinda el actual art. 77.3 al aplicador permitirían mitigar, si no anular, las consecuencias de esa dualidad punitiva difícilmente conciliable con la prohibición del *bis in idem*. Hay que reconocer, no obstante, que desde una aproximación meramente literal la tesis del Ministerio Público aparece como la más armónica con la cláusula legal invocada. La comparación entre sectores doctrinales, aunque no sin dejar de reseñar su imposible cohonestabilidad con el tan citado principio esencial».

No podemos negar que la interpretación planteada resulta perfectamente cohonestable con las exigencias de la prohibición constitucional del *bis in idem* tratándose de una interpretación buscada para salvar una cuestionable y doctrinalmente cuestionada constitucionalidad del precepto. Ahora bien, dicha interpretación, cuestionada por la doctrina⁷³, en esencia, hace total y absolutamente superflua la referencia del legislador a las penas correspondientes a “las penas correspondientes a los delitos cometidos en su caso”. Sin previsión legal expresa al respecto de tales delitos serían de aplicación las reglas generales recogidas en el Código Penal, de tal manera que los delitos de agresiones, abusos o relativos a la pornografía infantil absorberían, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8.3 CP, las infracciones consumidas. Si el legislador, con una formulación igual a la que hace en otros preceptos⁷⁴, ha pretendido dar un tratamiento especial a la relación entre estos delitos no parece que la solución buscada revista especialidad alguna sino, al contrario, implica entender que la regla constituye un mero recordatorio de que son aplicables las reglas generales.

3.2. Embaucamiento para la obtención de material pornográfico

3.2.1. Consideraciones iniciales

La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido un segundo apartado en el artículo 183ter CP con el fin de adoptar en el ordenamiento jurídico penal las previsiones del Artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/UE, que prevé la necesidad de adoptar las medidas necesarias para castigar la conducta del que “por medio de las tecnologías de la información y la comunicación” intenta adquirir, poseer o acceder a pornografía infantil “embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

Con este propósito, el artículo 183ter.2 CP dispone que “El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico

⁷³ Así, Hortal Ibarra, Juan Carlos. Revista Europea e Iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología (AIS) Ed. Universidad de Salamanca, vol. 4, nº1 (2016).

⁷⁴ En este sentido puede apuntarse la previsión del art.173.2 en relación a la violencia doméstica habitual respecto de las individuales infracciones que se integran en ella, cuestión al respecto de la cual ha tenido oportunidad de manifestarse el Tribunal Constitucional en Sentencia del Pleno, nº 77/2010, de 19 de octubre, desestimando la inconstitucionalidad cuestionada.

o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Más allá de las necesidades de trasposición atendidas, debe reconocerse que el precepto complementa la regulación penal de las conductas de abuso y explotación de menores de diecisésis años cometidas a través de internet u otros medios de telecomunicación. Concretamente en lo relativo a la producción de material pornográfico a través de conductas de sexting las dudas generadas por la descripción de los requisitos del tipo del artículo 183 bis CP habían dado lugar a espacios de posible impunidad derivados de interpretaciones restrictivas separadas de la actividad digital en que precisamente se procuraba buscar la seguridad de la infancia. Con este nuevo precepto, y sin perjuicio de sus propios problemas interpretativos, estos espacios de impunidad quedan atendidos. Asimismo, de la innegable relación y complementariedad de estos dos preceptos resulta que el bien jurídico protegido es coincidente en ambos, por lo que se debe dar por reproducido el planteamiento de si nos hallamos ante un bien jurídico único o si debe entenderse concurrente una vertiente supraindividual de protección a la infancia.

3.2.2. Elementos del tipo

Tomando como punto de partida el contacto del autor y el menor por medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y la fijación del límite de edad del consentimiento sexual, resultan aquí aplicables las mismas consideraciones hechas al respecto al tratar del apartado primero del mismo artículo.

Embaucamiento.

La conducta que consumará en este caso la acción será la realización de actos dirigidos a embaucar al menor de diecisésis años, sin que resulte por tanto necesario que el embaucamiento llegue a tener lugar. Ahora bien, atendido que el legislador ha optado por incorporar el término “embaucar” empleado en la Directiva 2011/93/UE como fin a que han de venir dirigidos estos actos, y tratándose de un término hasta ahora no empleado en el Código Penal, nos remitimos a la definición proporcionada por la RAE, según la cual “embaucar” supone “engañar o alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”. Así pues, la utilización de este término deja fuera del tipo el envío no solicitado previamente de material pornográfico por parte del menor que de forma espontánea desarrolle conductas de sexting.

A su vez, la formulación parece llevar a que sólo los actos dirigidos a procurar el engaño o alucinación del cándido o inexperto resultarían típicos, llegándose a sostener por algunos autores que no basta siquiera el engaño sino que debe probarse que, en el caso concreto, “existieron actos dirigidos a un aprovechamiento de la inexperiencia sexual del menor y un riesgo serio para su bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación en estas lides” (RAMOS VÁZQUEZ)⁷⁵. Sin llegar a este extremo, si quien contacta con un menor de diecisésis años pretende que el mismo participe en conductas de sexting mediante el establecimiento de una relación de confianza que lleve a la desinhibición del niño sin mediar engaño o simulación, sólo resultará aplicable el tipo penal en caso de que interpretemos que esa progresiva desinhibición del menor integra una forma de alucinación en alguno de las dos primeras definiciones que la propia RAE da al término “alucinar”, esto es, “ofuscar, seducir o engañar haciendo que se tome una cosa por otra» o «sorprender, asombrar, deslumbrar”.

Finalidades buscadas.

La redacción gramatical utilizada por el legislador para describir las conductas típicas genera, a nuestro entender, dos interpretaciones perfectamente razonables ambas y compatibles con la redacción, pero radicalmente diferentes en cuanto a la actuación sancionada. A fin de pre-

⁷⁵ Ramos Vázquez, José Antonio. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Grooming y sexting: artículo 183 ter CP.* 2^a ed. Tirant lo Blanch. Julio 2015.

sentar de forma más gráfica las dos posibilidades se separarán las conductas diferenciándolas mediante la introducción de dos separadores “a)” y “b)”:

Primera posible interpretación.- “*El que (...)*

a) realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o

b) le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor”.

Así entendido, la segunda conducta, la exhibición por el autor del delito de imágenes pornográficas al menor de dieciséis años constituiría una forma especial de exhibicionismo (tipificado con carácter general en el artículo 186 CP) caracterizada por el medio tecnológico en que se desarrolla la comunicación, la edad inferior a la del consentimiento sexual y la aparición de menores edad en el material. De esta forma, la conducta a castigar sería la de quien acude a estas técnicas de difusión de pornografía para lograr la desinhibición de menores, siendo en la práctica muy frecuente por parte de los responsables de estos delitos la exposición de este tipo material a sus víctimas. No obstante, si se adoptase esta interpretación nos hallaríamos ante un doble concurso de normas con los artículos 186, a resolver por el artículo 8.1 CP por el principio de especialidad, y 189.1.b) (exhibición de pornografía infantil) a resolver aparentemente a favor de éste último por el principio de alternatividad del artículo 8.4 CP.

Segunda posible interpretación.- “*El que (...) realice actos dirigidos a embaucarle para que*

a') le facilite material pornográfico o

b') le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor”.

En este caso, la segunda conducta sería una preparación de lo que, de lograrse el propósito, acabaría siendo un delito de utilización de menores de dieciséis años con fines de elaboración de pornografía infantil (tipificado en el artículo 189.1.a y .2.a CP), en el que se dará la característica particular del medio tecnológico en que se desarrolla la comunicación. Así, la conducta que se trata de castigar sería la de quien pretende convencer al menor para que le exhiba material pornográfico elaborado sobre sí mismo o sobre otro menor de edad.

Interpretado el precepto en este sentido, si el menor llegase a participar en la conducta de sexting que se le requiere, se planteará un concurso de normas con el artículo relativo a la pornografía infantil indicado, a resolver aparentemente a favor de éste último por el principio de absorción del artículo 8.3 CP.

Siendo perfectamente admisibles desde el punto de vista gramatical ambas interpretaciones y resultando ambas conductas compatibles con el fin de protección buscado por el legislador, consideramos que debe optarse sin embargo por la segunda de ellas en base a dos argumentos. De una parte, esta interpretación se corresponde con las previsiones Artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/UE, que tan solo se refiere a quien intenta adquirir, poseer o acceder a pornografía infantil embaucando a un menor sin referencia alguna a las técnicas de desinhibición empleadas para este propósito. Aunque la precisión del apartado XII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, relativa al art. 183ter.2 es tan poco esclarecedora como el propio tipo penal⁷⁶, la finalidad general de adecuar el ordenamiento penal en materia de libertad e indemnidad sexual a las previsiones de la Directiva hace que la misma deba tener un valor especialmente relevante como criterio hermenéutico. Por otro lado, en esta interpretación que se propone del artículo 183 ter.2 CP se estaría estableciendo un paralelismo entre las conductas de posesión y acceso a pornografía infantil y los actos preparatorios tendentes a conseguir estos fines por medios telemáticos, en concordancia con la configuración que hace la Directiva 2011/93/UE de estas conductas: lo que se demanda a los Estados miembros es la sanción de

⁷⁶ Se habla del «nuevo apartado en el art. 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas».

la tentativa de cometer, por los medios descritos, las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, esto es, la adquisición o la posesión de pornografía infantil (ap. 2) y el acceso a sabiendas (ap. 3). Pues bien, el 183 ter.2 CP estaría de esta forma sancionando actos preparatorios de posesión y adquisición cuando habla de embaucar para que el menor “le facilite material pornográfico” y actos preparatorios de acceso a pornografía infantil cuando habla de embaucar para que el menor “le muestre imágenes pornográficas...” (quede a salvo, no obstante, el hecho de que si la posesión, adquisición o acceso se produjera gracias a la utilización de menores para la elaboración de tal material el delito por el que sería sancionado el autor no sería este sino el previsto en el artículo 189.1.a CP).

3.2.3. Material pornográfico del art. 183 ter.2 CP

Una de los aspectos más llamativos del precepto que nos ocupa es que se haya evitado hablar de pornografía infantil. Después de años de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre qué debe considerarse a efectos penales por “pornografía infantil”, finalmente la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece lo que debe entenderse por pornografía infantil a efectos del Título VII, relativo a los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Sin embargo, pese a que el artículo 183 ter.2 CP se encuentra en este título y, como hemos visto, claramente su vocación es la sanción de las acciones conducentes a la elaboración, adquisición, posesión y acceso a pornografía infantil, el legislador sin embargo no se sirve del nuevo concepto y, en su lugar, se sirve de expresiones alternativas que generan dificultades interpretativas y disfunciones.

En primer lugar, vemos que se recoge que el propósito del embaucamiento sea que el menor “le facilite material pornográfico”. No se habla de pornografía infantil, ni se cita el artículo 189 como referencia, ni se trae alguna de sus cuatro acepciones. De hecho, ni siquiera el tipo incluye la necesidad de que hayan participado menores en la elaboración. Así, cabría cuestionarse si el embaucamiento con el propósito de que el menor envíe al autor material pornográfico de adultos es realmente una conducta que ha de ser sancionada, desbordando completamente las previsiones de la Directiva 2011/93/UE (que sólo se refiere a “pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”). No parece que sea esta la voluntad del legislador ni tiene sentido el castigo de la conducta, y menos aun tratándose de un adelantamiento de las barreras punitivas, al no sancionarse la consecución de pornografía como consecuencia de un embaucamiento sino la realización de actos que, de prosperar, llevarán a la situación de subyugación que se busca con el propósito último de lograr el codiciado material gráfico. De esta manera, parece imponerse una interpretación restrictiva que circunscriba el “material pornográfico” sólo a aquél que pueda tener la consideración de “pornografía infantil” o, al menos, hacer una interpretación conjunta de todas las formulaciones alternativas empleadas en el precepto e integrar el “material pornográfico” con la condición de que en él “se represente o aparezca un menor” que se plantea más adelante en relación a las imágenes pornográficas.

Ya en la segunda parte del artículo la fórmula recogida es la de “imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor”. La primera duda que suscita la literalidad es si deben quedar fuera del tipo vídeos susceptibles de ser considerados pornografía infantil. Es difícil acertar a encontrar una explicación que justifique la exclusión deliberada del resto de materiales gráficos aptos de recoger pornografía infantil, por lo que debemos entender que se trata de una cuestionable selección terminológica que viene referida a la percepción visual en pantalla, en el curso de una comunicación telemática, de la figura de un menor. Y ello porque, como hemos planteado, la conducta en este caso viene referida a la búsqueda de un potencial acceso a la visualización de pornografía, sin adquisición o posesión ulterior. Así, parece entender el legislador que el “material” será recibido, pero si sólo se busca la visualización, lo que se ven en pantallas son “imágenes”, aun cuando sean secuenciadas o imágenes en movimiento (que, en definitiva, es lo que constituye un vídeo).

Atendiendo al menor representado en las imágenes pornográficas (y, atendiendo a la interpretación defendida, también en el material pornográfico), se indica que quien debe ser repre-

sentado o aparecer es “un menor”. Por tanto, no es preciso que se trate del mismo menor de diecisésis años que ha sido contactado por el autor del delito y es objetivo de sus actos embaucadores. Puede ser otro menor distinto, incluso mayor de diecisésis y menor de dieciocho años, con lo que el legislador español se separa de las indicaciones de la Directiva 2011/93/UE, que se limita a la representación del propio menor embaucado. Entendemos que aquí sí se produce una ampliación de los términos buscada a propósito puesto que la limitación a “dicho menor” sí aparecía en el Proyecto de Ley que fue publicado el 4 de octubre de 2013 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁷⁷ y en fase de tramitación parlamentaria se sustituyó esta limitación por una concepción más amplia. La duda que se puede plantear en este caso se refiere al bien jurídico protegido: si estamos, como defiende un amplio sector de la doctrina y parece estar asumiendo la jurisprudencia, ante un único bien jurídico personalísimo como es la indemnidad sexual que se pone en peligro con estas conductas, y se rechaza la vertiente supraindividual de protección a la infancia, se plantea la duda de quién es el titular de la indemnidad sexual que se protege cuando las imágenes o materiales pornográficos que se buscan no son del menor embaucado sin de otro que incluso puede ser indeterminado a priori.

Finalmente, ha de ponerse de manifiesto que el precepto utiliza la expresión “se representa o aparezca un menor” para delimitar el concepto de las imágenes pornográficas. Llama la atención que no se haya requerido expresamente que el menor no se limite a aparecer sino que además participe en una conducta sexualmente explícita o se representen sus órganos sexuales, tal como hace el artículo 189 CP. Tal como queda configurado el tipo penal resultará necesaria una interpretación restrictiva de los términos empleados para no llegar a resultados tal poco deseables como inclusión de imágenes en que un menor de edad aparezca en la imagen en segundo plano mientras dos adultos mantienen relaciones sexuales.

Es patente, en definitiva, que se produce una ruptura poco coherente con el concepto de pornografía infantil del artículo 189.1 CP.

3.3. Consideración final común

Sin perjuicio de las valoraciones anteriores respecto a la formulación de los tipos penales recogidos en los dos apartados del artículo 183 ter CP, a la hora de apreciar su pertinencia y, en definitiva, la misma necesidad de los tipos en lo que refiere a la obtención de pornografía infantil a partir de la búsqueda de conductas de sexting practicadas por menores de edad ha de tenerse presente la estrecha vinculación, si no solapamiento, que se produce entre las acciones típicas descritas y la propia formulación del artículo 189.1.a) (en relación en cuanto a las penas con en el art.189.2.a) CP). Así, una de las novedades que fue introducida por la LO 5/2010, de 22 junio, fue la inclusión, entre las conductas relacionadas con la creación y favorecimiento de la pornografía infantil, de la “captación” de menores de edad menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, sancionada con penas de cinco a nueve años de prisión cuando la víctima no alcance la edad del consentimiento sexual (189.2.a CP). Pese a que tal innovación inicialmente pudo haber sido considerada como de escasa transcendencia práctica⁷⁸, ha de tenerse en cuenta que “captar” consiste en “atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien”, por lo que la captación incide plenamente en el panorama de relación con proposiciones o embaucamiento que dibujan los tipos del artículo 183 ter CP.

La consecuencia práctica de la comparativa entre estos artículos pone en entredicho la configuración y aplicabilidad del artículo 183 ter CP, más restringido en sus términos y sujeto a condicionantes sucesivos: sólo si la víctima tuviese menos de diecisésis años podría valorarse la aplicación del artículo 183 ter CP; por el contrario, el artículo 189.1.a) no hace más exigencia que la de la minoría de edad, incluyendo además la protección dispensada a personas con dis-

⁷⁷ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF

⁷⁸ De La Rosa Cortina, José Miguel. Diario La Ley, Nº 7715, Sección Doctrina, 14 Oct. 2011, Año XXXII, Ed. LA LEY.

capacidad necesitadas de especial protección. Por otra parte, el artículo 189.1.a) no hace referencia alguna a actos especiales de ningún tipo, por lo que se prescinde del debate entre actos virtuales, digitales o materiales, así como la finalidad que deben tener los mismos y si deben dirigirse propiciar el encuentro o a estrechar la relación; de la misma manera, la ausencia de toda referencia a “encuentros” evita la complejidad de determinar qué debe interpretarse por tal, de manera que nada impide que el mismo se verifique en una comunicación mediante videoconferencia a través de la *webcam* de los equipos de víctima y delincuente. Finalmente, teniendo en cuenta que la pena para la captación del artículo 189.1.a) y 189.2.a) CP es de 5 a 9 años de prisión, muy superior a las penas previstas para el caso del artículo 183ter, en caso de que un supuesto de hecho de captación hipotéticamente resultase subsumible en cualquiera de los dos, coincidiendo además la finalidad pretendida por el autor del delito y el bien jurídico protegido, sería de aplicación el principio de alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal en favor del precepto con pena más grave.

Y más concretamente en el supuesto de embaucamiento del artículo 183 ter.2 CP no podemos desconocer que, de lograrse el embaucamiento, se ha producido la captación del menor por la vía de engaño o fascinación. Por tanto, teniendo en cuenta que la consumación del 183 ter.2 CP se produce con la ejecución de los actos dirigidos a lograr dicho embaucamiento -no con el embaucamiento en sí- y que el embaucamiento es una forma de captación, la consumación del delito del 183 ter.2 CP puede entenderse hecha con la realización de actos ejecutivos del delito de captación de menores para elaborar material pornográfico del 189.1.a) CP. Por tanto, incluso en el caso de que el embaucamiento no se llegara a lograr la acción ya constituiría un delito consumado de realización de actos dirigidos a embaucar al menor y sería sostenible que también un delito intentado de captación de menores para la elaboración de pornografía infantil, siendo siempre más grave la pena del segundo (prisión de cinco a nueve años en caso de consumación y dos años y seis meses menos un día en caso de tentativa) que la del primero (prisión de seis meses a dos años).

Este planteamiento fue recogido por el Informe de 8 de enero de 2013 del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, en que se afirma en relación a la inclusión en el Código del tipo del artículo 183 ter.2 que “si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189.1 a), castigado con mayor pena (de uno a cinco años de prisión) y aplicable no sólo menores de 13 años sino a cualquier menor de 18. De hecho, la reforma 5/2010 incorporó un nuevo verbo típico al art 189.1 a, consistente en “captar”. Por ello, entendemos que no es necesario introducir un nuevo tipo en el Código Penal para cumplir con las exigencias del art. 6.2 de la Directiva de 2011. Con el art 189 CP ya se podrían reprimir tales conductas”. Y en términos semejantes el Dictamen del Consejo de Estado aprobado el 27 de junio de 2013⁷⁹ se cuestiona “si no hubiera sido más correcto la tipificación de esta conducta punible dentro del artículo que se refiere a la pornografía infantil. Téngase en cuenta que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo (hasta aquí se estaría en el supuesto del artículo 183 ter.2) pero efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (artículo 189.1.a), castigado con mayor pena y aplicable no solo a menores de 15 años, sino a cualquier menor de 18 años”.

De forma paralela, este razonamiento ha sido en cierta medida y respecto de la prostitución, el mantenido por el Tribunal Supremo en sentencia 97/2015, 24 de febrero, al plantearse la relación entre la anterior redacción del 183bis y el 187 CP. Así, planteándose la relación de estos dos preceptos al hilo de una serie de propuestas de mantenimiento de relaciones se-

⁷⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013, sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [Número de expediente: 358/2013 (JUSTICIA)].

xuales a cambio de dinero formuladas por medio de chats, el Tribunal Supremo concluye que «En el caso analizado no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el art. 8.4 CP, sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del art. 183 bis sea un precepto específico respecto al art. 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona -en este caso menor de 13 años».

Frente a estos planteamientos, no obstante, encontramos resoluciones que, por el contrario, optan por acudir a al principio de especialidad y, por tanto, al delito de embaucamiento sobre el delito de elaboración de pornografía infantil, en el supuesto de que la relación de fascinación evolucione logrando el autor su propósito último de obtener pornografía infantil en que intervenga el menor embaucado. Así, SAP de Zaragoza 196/215, de 20 de julio: “Ahora bien, una vez determinado que la conducta del acusado era típica en el momento de su comisión, e in cardinable en el tipo del art. 189.1.a) y 3.a) del C.P, hay que señalar que la reforma operada por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el código penal aprobado por la ley orgánica 10/1995, amplia la regulación los tipos penales relativos a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, y los relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, creando figuras independientes para poder sancionar de una forma más adecuada y proporcionada al desvalor de la conducta, actuaciones que con la redacción anterior podían subsumirse en tipos penales más genéricos, y la conducta imputada a Alexis, que antes de la reforma era subsumible en el tipo del art. 189.1 a) y 3 a), con la redacción actual del Código Penal está descrita en el tipo del art. 183.ter.2) del C.P, que castiga con la pena de seis meses a dos años, al que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, y que resulta de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la ley 1/2015 de 30 de marzo, por ser más favorable para el acusado, debiendo señalar que su defensa en el acto del juicio interesó de forma subsidiaria a la absolución la aplicación de este tipo penal”.

3.4. Exclusión de la responsabilidad criminal

Para acabar con el estudio de penalidad asociada a las formas delictivas de lograr la participación de menores en conductas de sexting resulta necesario el análisis, en lo que a estas actividades respecta, de la causa de exclusión de responsabilidad que ha incluido la LO 1/2015, de 30 de marzo, como cierre del Capítulo II bis del Título VIII, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

Dispone el art. 183 quáter CP que “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Este precepto responde a la configuración de una suerte de “cláusula Romeo y Julieta” (VILLACAMPA ESTIARTE)⁸⁰ con la que se pretende restringir la respuesta penal diseñada en los artículos precedentes sólo a aquellos supuestos en que el responsable de los hechos sea un adulto y la indemnidad sexual del menor se haya visto realmente comprometida por un ataque intolerable y no consentido. El planteamiento se encuentra en línea con el Dictamen 4/2011 de la Unidad Especializada de Menores de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento de delitos cometidos por menores contra la indemnidad sexual de otros menores en supuestos de escasa entidad, en que se contemplaba que frecuentemente los contactos sexuales entre menores de la misma o similar edad y madurez, sin la concurrencia de violencia o intimidación, pese a encajar formalmente en los tipos penales, no son constitutivos de delito por no integrar

⁸⁰ Villacampa Estiarte, Carolina. Op. cit. p.639-712.

el mínimo de antijuridicidad requerido⁸¹. E igualmente fue apuntada la necesidad de restricción del ámbito subjetivo del artículo 183 ter.2 CP por el Consejo Fiscal en el ya citado Informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto⁸², donde se indica que «teniendo en cuenta que es frecuente que no sólo la víctima, sino también el victimario sean menores de edad, sería aconsejable que el tipo exigiera la concurrencia de una mínima diferencia de edad entre uno y otro, pues la antijuridicidad queda difuminada cuanto víctima y victimario son prácticamente de la misma edad (ej.: cuando quien pide las imágenes tiene catorce años y quien es solicitada tiene cerca de los trece). En este sentido debe repararse en que la Directiva impulsa la tipificación de esta conducta cuando es cometida por un adulto». De esta manera, con el fin de atender a la restricción de la sanción a los adultos que desarrollen las conductas que establece el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE –por lo que a sexting y child grooming concierne-, el legislador ha empleado la formulación del artículo 8.1 de la Directiva⁸³ aun cuando este segundo artículo de la Directiva no se refiere a las conductas de embaucamiento y proposición a menores, sino a las de hacer que el menor presencie actos de carácter sexual (Art. 3.2) o a realizar con él actos de carácter sexual (Art. 3.4), es decir, infracciones en que resulta directamente lesionada la indemnidad sexual del menor y no meras puestas en peligro de tal bien jurídico.

Aunque quedará pendiente de ver la definición jurisprudencial de qué rangos de edad y desarrollo serán considerados próximos, lo cierto es que en la jurisdicción de menores resulta crucial atender al consentimiento libre del menor de dieciséis años en determinadas circunstancias. Más complejo será discernir el alcance que llegará a tener esta misma previsión en la jurisdicción de adultos, al haberse abierto la puerta a que siempre que exista una cierta proximidad de edad se pueda pretender la práctica de pruebas periciales sobre el autor y sobre la víctima para valorar la aplicabilidad de esta causa de exclusión de la responsabilidad penal, con la consiguiente victimización secundaria del menor y retraso en la tramitación del procedimiento. De modo ilustrativo, cabe ya referirse a los primeros pronunciamientos que se han dado sobre el particular, como en el ATS 67/2016, de 21 de enero (Ponente: Marchena Gómez), en que se expone “un siendo muy generosos a la hora de interpretar los conceptos “persona próxima por edad y madurez” no puede extenderse a supuestos como el presente; en el que el adulto tiene en el momento de cometer los hechos 46 años y la menor 11 años. La diferencia de edad entre ambos es de tal magnitud que no se puede sostener la existencia de un consentimiento libremente prestado por la menor -cuya edad se aleja tanto del actual límite del consentimiento sexual, como del anterior fijado en los 13 años-, y menos que exista una proximidad entre él y la menor por razones de edad o de desarrollo”

En todo caso, parece claro y así se ha entendido por la doctrina que ha desaparecido de la legislación penal el carácter absoluto de la presunción *iuris et de iure* de inmadurez y consiguiente intangibilidad sexual de los menores que no alcanzan la edad del consentimiento sexual, habiéndose pasado a un modelo de limitada presunción *iuris tantum* (GÓMEZ TOMILLO)⁸⁴, con la particularidad de que lo que romperá la presunción de inmadurez no será la acreditación de la especial madurez del menor, sino un elemento ajeno al menor como es la proximidad madurez y edad del responsable de afectar su indemnidad sexual.

La aplicabilidad de la fórmula recogida el art. 183 quáter a los delitos relacionados con proposiciones y embaucamientos puede plantear dudas sobre la propia aplicabilidad y extensión de la cláusula:

El artículo 183 ter.1 CP plantea expresamente la posible concurrencia de engaños, intimidaciones o coacciones sobre el menor, supuestos de penalidad agravada en los que en ningún caso

⁸¹ Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2012, p.946 (correspondiente a la actividad del Ministerio Fiscal del año 2011).

⁸² *Op. cit.* p.157

⁸³ Art. 8. Actos de carácter sexual consentidos. “1. Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos”.

⁸⁴ Gómez Tomillo, Manuel. *Op. cit.*

podríamos hablar de consentimiento libre precisamente por darse estas notas que lo vician. Ahora bien, en el improbable caso de no darse estas circunstancias y ubicarnos en el supuesto de hecho que contempla el tipo básico, debemos partir de la distinción de dos momentos en que puede darse el consentimiento:

En un primer momento, el consentimiento del menor vendría referido al mantenimiento de un contacto o relación a través de Tecnologías de la Información y la Comunicación, pudiendo abarcar hasta, incluso, la aceptación de la propuesta formulada (aunque, como ya hemos indicado, la aceptación no condiciona la consumación). Este consentimiento constituye elemento característico del tipo básico, puesto que de estar viciado o no existir procederá la aplicación de la agravación, no obstante lo cual si se acompaña de proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez dará lugar a la entrada en juego de la cláusula del 183 quáter. En un segundo momento, ya consumado este primer delito y durante el encuentro que se verifica para mantener relaciones sexuales o elaborar pornografía infantil, la concurrencia del consentimiento, en caso de la proximidad indicada, desplegará sus efectos con arreglo al art.183 quáter respecto de las relaciones sexuales, pero en ningún caso respecto de la pornografía infantil puesto que el artículo 189 no participa de esta exclusión de responsabilidad criminal ni le es aplicable la posible apreciación de ausencia de antijuridicidad material planteada en la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, atendida la minoría de dieciséis años del menor.

Teniendo estos dos momentos en cuenta, parece claro que cada manifestación de voluntad (acompañada de los requisitos de proximidad) generará efectos respecto del tipo penal simultáneo. Ahora bien, aun siendo contrario a este planteamiento, a la hora de establecer el reproche penal del ataque progresivo al bien jurídico protegido pueden darse situaciones en que parece difícil mantener la no comunicabilidad de los efectos del consentimiento: si la relación telemática y la proposición para tener una relación sexual es consentida pero en el momento de encontrarse físicamente el menor retira su consentimiento y se consuma un delito de abuso sexual, en puridad habría de respetarse la impunidad de los actos previos consentidos por el mero hecho de la proximidad de edad y madurez del autor y la víctima, aun habiendo dado lugar a un delito de abuso sexual. Y, en sentido contrario, si la voluntad inicial del menor se ve afectada por un engaño en cuanto a la edad o identidad de su interlocutor pero durante el encuentro, tras descubrirse la treta, consiente en mantener una relación sexual, en caso de estricta separación debería no ser sancionado por la actuación final pero sí, y en la modalidad agravada, por la ejecución de los actos previos: la impunidad total sólo se justificaría admitiendo la validación a posteriori del consentimiento inicial viciado o considerando que, si la actuación final no ha de resultar sancionada con arreglo al 183 CP, el fin buscado con la proposición de encuentro no es “*cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 y 189*”, por lo que no se da el requisito típico necesario (entendemos que es rechazable esta vía porque la voluntad inicial del autor sí era la de cometer el delito, para lo cual ha incluso ha viciado la voluntad del menor, no pudiendo darse por desaparecido el elemento subjetivo desplegado *ab initio* por un cambio de circunstancias posterior a la consumación).

Tampoco la aplicabilidad del art. 183 quáter resulta sencilla respecto del artículo 183 ter.2 CP, en este caso por la propia conducta descrita, puesto que si lo sancionado es la realización de actos dirigidos a embaucarle, difícilmente podemos entender que concurra el libre consentimiento que sirve de presupuesto esencial de la cláusula puesto que nunca podremos predicarlo de quien es o será víctima de engaño o alucinación por su condición de cándido o inexperto.

Delitos de robo y hurto. Multirreincidencia

Evolución legislativa

Especial análisis de la reforma introducida por L.O 1/15, de 30 de marzo

Isabel Vázquez Berdugo
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Sevilla

Resumen

El presente trabajo efectúa un análisis de la reforma llevada a cabo por la L.O 1/2015, de 30 de marzo, en materia de delitos de hurto y robo y de la circunstancia modificativa de reincidencia. Tras una exposición de los antecedentes históricos de las figuras a analizar con la finalidad de observar la evolución que cada una de ellas ha sufrido y la justificación política y jurídica de las mismas, se realiza una aproximación general a la reforma con visión eminentemente práctica pero también crítica, en tanto que (con referencias doctrinales y de los distintos informes que por el Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado fueron emitidos durante la tramitación de la Ley Orgánica), se contemplan virtudes de la misma pero también sugerencias de posibles alternativas a la regulación finalmente efectuada,

En esta nota introductoria sólo destacar la desaparición de las antiguas faltas, que se plasmará en el análisis de la nueva figura del delito leve de hurto y hurto/robo de uso, la nueva redacción de los arts. 234 en materia de hurto y 237 en la de robo, con modificación de importante alcance en tanto se incluye la fuerza para abandonar el lugar donde la cosa sustraída se halle, la introducción, no del todo pacífica, de nuevas agravaciones específicas aplicables a ambas figuras delictivas en el art. 235, la ampliación del delito de robo con violencia e intimidación, contemplándose la comisión en edificio abierto al público, y, finalmente, el alcance de la nueva redacción del nº 8 del art. 22 del Código Penal.

1. Introducción

Muchas han sido las reformas en materia de Derecho Penal en España desde el Código de 1822: Código de 1848, reforma de 1850, reforma de 1870, Código Carlista de 1875, Código Penal de 1928, reforma de 1932, Texto Refundido de 1944, Texto revisado de 1963 (Ley de Bases de 1961, Decreto de 1963, y modificaciones de 1965 y 1967), Anteproyecto de 1969, Estudio de 1972, Texto Refundido de 1973, Anteproyecto de 1980, Reformas de 1983 y 1988, Código Penal de 1995, reformas de 2003 y 2010 y finalmente, la que es objeto de análisis, reforma del Código Penal introducida por LO 1/15.

Sin ánimo de efectuar un análisis histórico de los delitos de hurto y robo, así como de la reincidencia, se hace imprescindible iniciar el presente texto con la mención a los caracteres que los citados delitos, y circunstancia, presentan en las distintas reformas, a fin de comprender las razones de las mismas y coadyuvar en su análisis.

2. Del Código Penal de 1973 a la reforma de 2015

2.1. Código Penal de 1973 a Código Penal 1995

En España, la evolución de las leyes penales relativas al hurto y el robo tuvieron una distribución peculiar, con rasgos que lo separaban del derecho continental. Tomamos del derecho romano el concepto legal de hurto y del germánico el fraccionamiento de las penas en función del valor de la cosa; finalmente, de la jurisprudencia medieval italiana, los criterios valorativos sobre la mayor gravedad del robo y la teoría de los *furta peligrosa*.

El análisis del texto de 1973 ha de comenzar por la mención al Título XIII, de los delitos contra la propiedad, que, sin embargo, como veremos, quedaba referido más exactamente a los delitos contra el patrimonio, sin perjuicio de que el bien jurídico atacado por algunas figuras delictivas no estuviera ubicado en el mismo. El patrimonio, es un concepto más amplio que el de propiedad y ofrece como nota más característica un contenido económico que opera a veces como determinante de la pena y aun de los tipos¹.

2.1.1. Delito de hurto

En relación al **delito de hurto** necesariamente hemos de iniciar el estudio con la mención al Código Penal de 1822 en el que se definió por primera vez desde Las Partidas. En 1848 se redujo el casuismo y se forjó el modelo de la regulación posterior, que se mantiene, con pequeños retoques, hasta la reforma de 1983 que siguió el cauce del proyecto de 1982, aunque innovó de forma radical determinadas figuras.

En el Código Penal de 1973 se recogía el delito de hurto en el artículo 514 señalando que “son reos de hurto los que, con ánimo de lucro, y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas si la voluntad de su dueño”.

El tipo básico, en el artículo 515.1, era siguiente tenor: “los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni forzar las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño”.

La pena abstracta, la contemplada en el artículo 515, requiriendo que el valor de lo sustraído excediera de 30.000 pesetas. Valoración a determinar objetivamente con independencia del de afección, y referido al momento de la consumación. La depreciación posterior era irrelevante.

En esta regulación inicial se establecieron una serie de cualificaciones basadas en el objeto, el lugar, el modo de comisión o una mayor culpabilidad, con penas, severas, aunque se limitaba el máximo imponible a prisión mayor en 1967. La reforma de 1983 no dejó subsistente ninguna de las viejas calificaciones y así en el número dos del artículo 515 se señalaba que “si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el artículo siguiente, se impondrá la pena su grado máximo” recogiéndose éstas en el art. 516².

En el debate parlamentario sobre la modificación de 1983 se pretendió la supresión desde la integridad del artículo 516 hasta la de los números uno (por ser causa de inseguridad jurídica) o cuatro (por establecer una cualificación objetiva que en todo caso podía incardinarse en las agravantes genéricas). Se contemplaban igualmente unos hurtos privilegiados y así conforme al artículo 587.2 se configuraba como falta siempre que la cuantía de lo hurtado no llegara a 50.000 pesetas.

Con el nombre de hurto de uso se comprendían todos aquellos casos en que el sujeto utilizaba una cosa sin derecho alguno que le autorizara a ello³.

¹ José Luis Manzanares Samaniego. *Código penal comentado*. Editorial Comares. 1987. Página 1249

² “Son circunstancias que agravan el delito a efectos del artículo anterior: 1. Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público si se produjera una grave perturbación del servicio, o de cosas de primera necesidad cuando produzca una situación grave de desabastecimiento. 2. Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico. 3. Cuándo revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración. 4. Cuando se coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima”.

³ Según Rodríguez Ramos (“Consideraciones sobre el hurto de uso de los códigos penales colombiano y español”), quedaban así incluidos tanto los supuestos en que el sujeto tenía la cosa por habérsela entregado previamente el dueño para no usarla o hacer de ella en un uso determinado y la utiliza, sin ánimo de apropiársela para un uso distinto por más tiempo del pactado, como aquellos en que el sujeto carece de la posesión previa de la cosa, pero la toma con el único y exclusivo fin de usarla y el propósito de devolverla después a su dueño. La nota distintiva respecto a los demás delitos de hurto es la ausencia de apropiación de la cosa pues el interés jurídico lesionado no es el derecho de propiedad, sino una de sus facultades, la de usar la cosa, como se recoge en los “Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola”. 1983. Página 267

2.1.2. Delito de robo

Debe observarse conforme a lo descrito, la existencia de unas raíces comunes entre el hurto y el robo. En el derecho romano ambos delitos permanecieron largo tiempo indiferenciados y será a través de las influencias germánicas y otras de la Edad Media como llegamos a la etapa de la codificación europea con diferenciación en nuestro sistema legal entre ambas figuras⁴. Tras vencer conceptualmente el derecho germánico, el robo se distinguirá, en lo sucesivo, del hurto, por la aplicación de la violencia.

En el artículo 500 el robo quedaba definido en los siguientes términos “*son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas*”, definición que procede de la reforma de 1870. Cotejando los artículos 500 y 514 la única y radical diferencia entre los delitos de hurto y robo atañe a los medios de comisión del delito, que en el hurto han de ser sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas y en el robo lo contrario, de ahí que sean predicables al robo las mismas consideraciones antes expuestas sobre bien jurídico protegido, objeto de la acción, resultado y elementos subjetivos del injusto.

En cuanto a la acción, en el robo se habla de los que se apoderan y en el hurto de los que toman, pero prescindiendo de la diferente palabra utilizada, tomar y apoderarse son sinónimos de apropiarse la cosa por alguno de los medios que especifican cada uno de los delitos, y siendo ésta la única diferencia⁵.

En relación a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, éste presentaba en el Código Penal de 1973 un tipo básico y una serie de cualificaciones que, podían diferenciarse en de primer grado o primarias y de segundo grado, cuando vienen a combinarse con las anteriores. En la memoria de la Comisaría General de la Policía Judicial⁶ se realizó una estadística al efecto observándose un alarmante incremento de robos con violencia o intimidación en las personas cometidos contra bancos y comercios llegando a triplicarse y en algunos casos cuadriplicarse el número total de los mismos en el periodo comprendido entre los años 1978 a 1980 lo que fue tenido en consideración en el Proyecto de 1983 en el que se añadió al número cinco del artículo 501 la reserva de que “*salvo que por razón de la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 106 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará este*”.

Se contemplaba pues una pluralidad de bienes jurídicos lesionados. El que roba de este modo⁷ o bien impide que se forme la decisión de defender la cosa, poniendo a su víctima en un estado que le imposibilita tomar cualquier decisión, o impide que actúe, que lleve a cabo la decisión ya formada de defender la cosa objeto de la acción criminal, bastando con que la violencia sea adecuada para vencer la resistencia real o supuesta del sujeto a desprenderse la cosa. Cuando la violencia se mezcla con la intimidación como efecto, de tal suerte que la víctima por temor a que se repitan las agresiones, entrega ella misma la cosa, ha sido calificado en otras legislaciones como extorsión, pero en nuestro derecho, cuando versa sobre cosas muebles cae bajo el nomen iuris del robo.

Conforme a la redacción del artículo 501 la opinión dominante venía siendo que no importaba sobre quién recaía la violencia; podía ser un tercero que trata de impedir la sustracción o incluso una persona de quien el sujeto activo espere que se pueda oponer al apoderamiento. Y tampoco es preciso que el mal con el que se amenaza se refiera personalmente al propio sujeto

⁴ Es en el fin de la República cuando aparece la diferencia en el lenguaje usual entre hurto y robo, aunque los juristas no aceptaron esta diferenciación y siguieron considerando que la apropiación y la sustracción violenta de una cosa mueble ajena son jurídicamente hurto, es decir, un delito privado.

⁵ En el Código Penal de 1822 se utilizaba el mismo verbo para designar la acción en el robo y en el hurto, quitar o tomar, al igual que ocurría en el Código Penal alemán.

⁶ Garrido Guzmán. *Evolución y tendencias de la criminalidad en España*. Universidad de Alicante. 1982. Página 160.

⁷ Rodríguez Ramos. *Derecho penal*. Tomo dos. 1983

pasivo pues también ha intimidación cuando se amenaza con causar un mal a una persona querida, respetada, o de la que se dependa. De ahí que autores como Rodríguez Devesa entendieran que no era enteramente exacta la fórmula de Binding de que el mal con que se amenazara hubiera de recaer sobre personas del círculo de su simpatía, porque bien pudiera tratarse de un extraño que acude al ver en peligro la propiedad ajena.

La intimidación podía, puede, producirse por palabras, pero también por hechos concluyentes. La violencia o la intimidación han de ser el medio para apoderarse de la cosa pues si sobrevienen después de haberse apoderado el sujeto de ella, habría un concurso de delitos conforme a la redacción del 501, pero no un delito de robo, y aunque algunos Códigos incluían expresamente este delito en los casos en que el sujeto usase de la violencia para protegerse en la huida no sucedía así en el texto de 1973.

Como cualificaciones de primer grado se encontraban los cuatro primeros números del artículo 501: robo con homicidio doloso, robo acompañado de violación y casos equiparados a él, robo con mutilaciones o lesiones del artículo 420 y robo con violencias innecesarias. Como cualificaciones de segundo grado, el uso de armas u otros medios peligrosos y el robo en cuadrilla.

La redacción originaria del robo con homicidio doloso fue modificada en 1983 pues la anterior legislación se limitaba a señalar que “*resultare homicidio*” y con la citada reforma se castigaba “*cuando con motivo u ocasión del robo se causare dolosamente la muerte de otro*”. La reforma despejó los múltiples problemas y oscilante jurisprudencia producidos ante la consideración de que estábamos ante un delito cualificado por el resultado y bastaba con una simple relación de causalidad e, incluso, que era indiferente que se tratase de un homicidio, un asesinato o un parricidio. Con la redacción de 1983 se sienta que sin duda estamos ante un delito complejo de robo con violencia o intimidación y homicidio doloso, que ha de ser el que entonces se preveían el artículo 407, ya que de lo contrario resultaba un beneficio incompatible con el inequívoco sentido agravatorio de la ley⁸.

La acción que se castigaba era doble, robo y homicidio, en relación que se expresa con las palabras cuando con motivo u ocasión se causare. Aparecía así el robo como elemento normativo del tipo, pero con un significado altamente técnico, es decir, hay que atenerse a la definición que daba el artículo 500 y por imperativo gramatical del párrafo primero del artículo 501 a la exclusión del robo con fuerza en las cosas. Evidentemente se trata de un delito complejo pues el verbo *causar* hace referencia a la relación de causalidad entre ambos. El robo es la causa y el homicidio el efecto o resultado del robo. No obstante, ha de mencionarse que las palabras con motivo u ocasión suscitaron un enorme debate. Homicidio con motivo de un robo es el que entra en la línea de la violencia ejercida para conseguir el apoderamiento. Homicidio con ocasión del robo es el que aparece en la periferia de la conducta.

En cuanto a la antijuricidación hay que hacer referencia al ánimo de lucro en el que no es necesario que sea referido al complejo en su totalidad, es decir, sin él no podía haber robo, pero sí homicidio. En orden a la culpabilidad hace falta el dolo tanto para el homicidio como para el robo. Respecto a las circunstancias deben entenderse que sólo agravaban el complejo aquellas que pueden concurrir y apreciarse en los delitos que lo integran, por ejemplo, alevosía o premeditación. En materia de participación había de estarse las reglas de coparticipación en los delitos dolosos. La jurisprudencia simplificando la cuestión trató técnicamente esta figura como si se tratara de un delito cualificado por el resultado, es decir poniendo a cargo de los copartícipes del homicidio del complejo robo con homicidio, aunque no hubieran tenido parte ni conocimiento de que éste se realizaba⁹.

En gravedad seguía al robo con homicidio el supuesto en el que fuera acompañado de violación o mutilación de las previstas en los artículos 418, 419 párrafo primero o algunas de las lesiones

⁸ Tampoco fue pacífico el debate parlamentario al efecto pues hubo incluso partidos como Minoría Catalana que pretendió suprimir el adjetivo *dolosamente*.

⁹ Y así desde sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1947

del artículo 420.1 (hubiere quedado imbecil, impotente o ciego). Aunque este precepto comprendía varios tipos construidos de forma alternativa, la naturaleza de todos ellos era idéntica. Delitos complejos siempre, uno de los cuales es un robo con violencia o intimidación en las personas, y el otro, uno de los delitos que señala el código. La relación entre los delitos que integran el complejo venía expresada por el verbo acompañar. En el Código Penal de 1973 este término se refería sólo a los casos de violación y en los demás supuestos regía el verbo causar. Con la reforma de 1983 se modificó, aunque ello fue notablemente criticado por la doctrina por entender que el verbo acompañar indica tan sólo una conexión en el tiempo del robo y la violación y, por el contrario, en los restantes supuestos no era suficiente una mera conexión temporal sino una relación de causalidad entre los medios empleados para cometer el robo y el resultado producido, en iguales términos que para la producción de un homicidio doloso. El tercer supuesto cualificado, es el robo acompañado de una mutilación o lesiones. La redacción que se le proporciona en 1983 es susceptible de las mismas críticas que las recibidas por el número dos del artículo 501.

Conforme al número cuatro del artículo 501 era cualificado el robo cuando con motivo ocasión de él se causare homicidio culposo, se infieran torturas, se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable, o cuando el robo fuere acompañado de lesión de las tipificadas en los números 3 y 4 del citado artículo 420. La redacción originaria sufrió una gran reforma en 1983, incluyendo el homicidio culposo, las torturas y la toma de rehenes¹⁰.

Decíamos que se contemplaban también unas cualificaciones de segundo grado. Así, en relación al uso de armas u otros medios peligrosos el artículo 501 en su párrafo último establecía la imposición de la pena en grado máximo cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, se al cometer el delito para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudir en auxilio de la víctima, o a los que le persiguieran. Esta cualificación fue enormemente criticada porque vaciaba de contenido prácticamente todos los supuestos de robo con violencia o intimidación dado que en general, el homicidio, la mutilación, las lesiones, requieren el uso de armas o instrumentos peligrosos.

El artículo 502 dispuso que si los delitos anteriores hubieren sido ejecutados en cuadrilla, al jefe de ella, si estuviera total o parcialmente armada, se le impondrá la pena superior inmediata a las que señala el artículo 501. Los malhechores presentes a la ejecución de un robo en cuadrilla serían castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos en ella, si no constare que procuraron impedirlo. Esta agravación tiene su origen en el Código Penal de 1822 aunque no fue hasta los Códigos de 1848, 1850 y 1870 cuando se definió a la cuadrilla como la concurrencia de más de tres malhechores. En 1932 esta definición se extrajo para llevarla a la parte general, que es la ubicación de 1973 y se plantea con la redacción de este precepto si el mismo modifica el concepto de cuadrilla que se daba en el artículo 10, pues según éste, la cuadrilla exigía la concurrencia cuando concurren a la comisión del delito más de cuatro malhechores armados. La conclusión doctrinal obligaba a limitar el alcance literal del precepto, negando que la aplicación de la agravación prevenida para el jefe cuando no se diera el concepto legal de cuadrilla que contiene el artículo 10.13, es decir, cuando no concurrieran al menos en número de cuatro y armados todos ellos. Fue la reforma de 1983 la que suprimió el párrafo tercero por el que se presumía estar presente el malhechor que anda habitualmente la cuadrilla salvo prueba en contra.

Se contemplaba una consumación ficticia del robo con violencia o intimidación al entender que quedaban consumados cuando se produjera el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hubieran perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable.

¹⁰ Aunque ya en 1978 había sido introducido un último inciso del 501.2 para los casos en que se produjera bajo rescate o por más de un día o cuando se intentara el secuestro de alguna persona.

Respecto a los delitos de robo con fuerza en las cosas, de la comparación de nuestra legislación con el derecho histórico y las legislaciones extranjeras, se desprende que el legislador español no siguió el criterio dominante de incorporar al hurto todas las cualificaciones provenientes del derecho común, sino que escindió estas, dejando algunas, los furta periculosa, fuera del hurto y en las proximidades del robo violento. Así, el artículo 504 estableció que “*son reos de robo con fuerza las cosas los que ejecutar en el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: uno. Escalamiento. Dos. Rompimiento de pared, techo suelo, o fractura de puerta o ventana. Tres. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera de lugar del robo. Cuatro. Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes*”.

El legislador dió un concepto legal de fuerza distinto al grammatical en función de la gravedad del robo por la mayor energía criminal que despliega el delinquente al vencer un obstáculo con que el dueño refuerza la custodia de la cosa. Los Códigos anteriores al de 1973, a excepción del de 1928, requerían en todo caso que la cosa se encontrara en un lugar edificado, habitado o habitable, público o no. Sin embargo, en 1944 se suprimió toda referencia al lugar del delito de robo en el artículo 504 permitiendo así resolver dificultades suscitadas como que los medios enumerados fieren necesariamente utilizados para introducirse en el lugar del robo lo que era incongruente con el contenido de la circunstancia cuarta del citado precepto. Con la redacción de 1973 se salvaron los inconvenientes y se incluyeron en el artículo 504 aquellos supuestos merecedores también de mayor protección. Ahora bien, para evitar la ampliación excesiva, debía exigirse que las circunstancias contenidas en el mismo concurrieran a la ejecución del hecho, con lo cual se reconoce una fuerza posterior a la sustracción viene a ser irrelevante.

Las circunstancias que cualificaban el delito de robo con fuerza en las cosas conforme al artículo 504 eran clasificadas por algunos autores¹¹ en dos grupos, medios no violentos (escalamiento, uso de llaves falsas) y violentos (fractura exterior, fractura interior, fractura fuera de lugar del robo). Mención especial por la evolución posterior que será examinada merece la circunstancia del uso de llaves falsas. Se consideraban llaves falsas las que establecía el artículo 510 (en redacción similar a la actual del artículo 239). La definición legal no coincide con la grammatical dado que el concepto legal de llave falsa es eminentemente funcional, bastando con que sirva para la apertura de un cierre mecánico y que quien la utiliza no esté autorizado por el propietario para él y no sin olvidar que la circunstancia debe ser el medio empleado para cometer la sustracción.

El culpable de robo era castigado con pena de arresto mayor si el valor de lo robado no excedía de 30.000 pesetas y de prisión menor en los demás casos. Si concurrían algunas de las circunstancias del artículo 506 la pena debía ser impuesta en grado máximo. Este último, nacido en la reforma de 1944, suscitó problemas difíciles de interpretar que se mantuvieron en el Código Penal de 1973 y fueron resueltos matizadamente, en la reforma de 1980. El precepto establecía las circunstancias que agravaban el delito, los efectos del artículo anterior¹² y se contemplaron igualmente unas cualificaciones de segundo grado al castigar con pena superior en grado cuando concurrieren la circunstancia primera junto con la segunda, tercera, cuarta.

En el artículo 508 se contenía la definición de casa habitada siguiendo la línea jurisprudencial, en cuanto a la presencia de moradores, ausencia de los mismos, o comunicabilidad de las diferentes dependencias, iniciada ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1948.

¹¹ Rodríguez Devesa. *Derecho penal parte especial*. 1983.

¹² “1. cuando el delinquente lleve armas u otros objetos peligrosos. 2. Cuando el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias. 3. Cuando se cometan asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo. 4. Cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodios transporte. 5. cuando se verifique en edificio público o alguna de sus dependencias. 6. cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público produciéndose una grave perturbación del mismo, o de cosas de primera necesidad, cuando produzca una situación grave desabastecimiento. 7. Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico. 8. Cuando revistieran especial gravedad atendiendo al valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración. 9. cuando el delito con lo que a la víctima o su familia en grave situación económica o cuando se cometiera abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima”.

El artículo 509 contemplaba el supuesto de tenencia de útiles para el robo, cuya tenencia material no era necesaria pues según el Tribunal Supremo¹³ bastaba con que el sujeto hubiese entregado los útiles a otro para que se los guardara. El problema más interesante que suscitó el artículo 509 en torno a la tenencia es el de si quedaba consumida por el delito de robo cuando éste haya comenzado a ejecutarse¹⁴. El párrafo segundo del artículo 509 sancionó la fabricación de útiles para el robo con idéntica pena a la tenencia si los que lo fabricaren fueren cerrajeros¹⁵.

Por último, mencionar una serie de cuestiones comunes a los delitos de robo: así, la asociación para cometer el delito de robo contemplada en el artículo 513 (que castigaba conforme al artículo 172 la mera asociación transitoria de tres o más personas para cometer el delito de robo) y el concurso que pudiera existir entre la violencia o intimidación en las personas y la fuerza en las cosas, resuelto a favor del concurso de leyes.

2.1.3. Uso indebido de vehículos de motor

El tipo introducido en el año 1967, fue el entonces llamado uso indebido de vehículos de motor, modificándose en su rúbrica en 1974, pasando a ser de la utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos.

El tipo básico lo cometía *el que sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utilizar un vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuere su clase, potencia o cilindrada* (artículo 516 bis, párrafo primero). La acción no era otra que usar el vehículo conforme al destino, es decir movido por la energía del propio motor. Dado que para usarlo hay que tomarlo, en la figura del párrafo primero se requiere la ausencia de fuerza en las cosas o de violencia o intimidación en las personas. Ya la doctrina en 1973 afirmaba que estábamos ante un auténtico hurto de uso. El objeto, un vehículo de motor ajeno. La antijuridicidad quedaba caracterizada por la inserción de un elemento típico negativo, la ausencia de intención de apropiarse de la cosa. El dolo requiere el conocimiento de que se usa el vehículo y de que no existe ninguna causa de justificación que autorice al sujeto. Caben la tentativa y la frustración y en cuanto a la participación hay que tener en cuenta que el Código de 1973 no exigió conducir el vehículo sino usarlo¹⁶.

Como señaló Muñoz Conde, “*lo que andaba en juego*” era la posibilidad de subsumir en este delito del artículo 516 bis la llamada apropiación indebida de uso. La doctrina dominante antes de la reforma de 1974 exigía un apoderamiento ilegítimo del vehículo previo al uso, excluyendo de este modo de la tipicidad la apropiación indebida de uso¹⁷. La jurisprudencia admitió, por el contrario, que estos casos encajaban perfectamente en el artículo 516 bis y este parece ser también el criterio tras la reforma de 1974, pues ya no se habla de robo y hurto de uso sino de utilización ilegítima, concepto en el que pueden incluirse tanto los que se apoderan del vehículo para usarlo como aquellos que, poseyéndolo legítimamente, hicieren un uso distinto al autorizado. Si se admite esta interpretación, decía el autor, *el bien jurídico protegido no es ya la posesión sino la facultad de usar el vehículo o determinar el modo de uso que tiene el propietario frente a los demás*.

Como tipos cualificados se contemplaban el uso indebido empleando fuerza en las cosas, la no restitución dentro de las 24 horas y el uso indebido equiparado al robo con violencia o intimidación.

¹³ Sentencia de 3 de enero de 1941

¹⁴ Dicho supuesto debía distinguirse el caso en que el delincuente se valiera para cometer el robo o dar principio a su ejecución de los instrumentos que llevaba preparados al efecto y aquel en que el robo se perpetra sin que los culpables precisen recurrir al uso de las llaves falsas que a prevención llevaban. Esta primera hipótesis permite la absorción de la tenencia por el número cuatro del artículo 504. En la segunda hipótesis la tenencia concurría con el robo en concurso real.

¹⁵ Debiendo citarse por lo anecdótico de su contenido la sentencia de 9 de febrero de 1878 en la que se decía que no debían comprenderse los herreros por ser oficio distinto del de cerrajeros.

¹⁶ Por lo que viajando en él también se usa en el sentido de la ley lo mismo que el que lo conduce y si media acuerdo entre ambos habrá una coautoría; en los demás supuestos, inducción o auxilio con actos necesarios.

¹⁷ Es decir, la posibilidad de incriminar por este delito, ya que no se puede hacer por el artículo 535, hechos como el uso del vehículo por parte del arrendatario que lo usa más del tiempo pactado o del chofer que contraviniendo las órdenes del dueño utiliza el vehículo en las horas libres

Ha de indicarse, por último, en relación a este tipo penal, que la reforma de 1974 introdujo para este delito la pena de privación del permiso de conducir y en el sistema de penas del código penal, una nueva, la privación del derecho a obtener este mismo permiso¹⁸.

2.1.4. Reincidencia

El artículo 10 contenía hasta 17 circunstancias que agravaban la responsabilidad criminal siendo la número 14 la de ser reiterante (hay reiteración, decía, cuando al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito al que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquéllas señales pena menor) y la 15, la de ser reincidente, recogiendo el precepto que había reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoria mente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este código. Se contemplaba ya la multirecidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia. Igualmente se incluían los casos en que se hubiere producido cancelación de la inscripción de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes, que no serían considerados a los efectos de la apreciación de esta agravante cuando al tiempo de comisión del delito enjuiciado hubiere transcurrido un tiempo doble del previsto para cada caso, por el artículo 118.3 del código, computado desde la fecha señalada en el mismo y como máximo, el plazo de 10 años.

El Código Penal de 1848 ya contemplaba, en su artículo 10, como circunstancia agravante el haber sido castigado el culpable anteriormente por delito al que la ley señale igual o mayor pena y el ser reincidente de delitos de la misma especie. Sigue pues el código del 73 esta misma senda, aunque fue la reforma de 1944 el origen exacto de las bases de la redacción.

Doctrinalmente se venía distinguiendo entre reincidencia genérica y reincidencia específica, aludiendo la primera cuando el sujeto recae en el delito nuevamente, aunque fuere de distinta naturaleza al anteriormente cometido y la segunda cuando se produce en un delito de la misma especie. No otra cosa supone la reiteración y reincidencia en términos del Código Penal de 1973.

En 1974 la circunstancia número 15 se modificó añadiendo un párrafo segundo que introducía el concepto de la doble reincidencia, entendiendo por tal cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente en una o varias sentencias, por dos o más delitos de los cometidos en el mismo título del código. En 1978 se sustituyó la doble reincidencia por la multirecidencia, existiendo cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos comprendidos en el mismo título en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia. Es la llamada segunda o ulterior reincidencia. Ha de destacarse que, por excepción, en algunos casos equiparaban a las condenas de los tribunales nacionales las dictadas por tribunales extranjeros. Concretamente se admitía la llamada reincidencia internacional en los delitos de falsificación de moneda y de los delitos relativos a la prostitución¹⁹.

La ley orgánica de 25 de junio de 1983 simplificó la formulación legal de la reincidencia en la línea antes descrita, fundiendo en una sola descripción la reincidencia y la antigua reiteración., en la línea del Proyecto de 1980. La circunstancia 15 del artículo 10 ofrecía la siguiente redacción: “ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable hubiere sido condenado ejecutoria mente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este código, por otro al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquéllas señales pena menor”.

¹⁸ La ley de peligrosidad social ya incluyó en los supuestos de estado peligroso a los que habitualmente utilicen de modo ilegítimo vehículos ajenos, aplicándoles diversas medidas de seguridad.

¹⁹ El Proyecto de 1980 hizo desaparecer el nombre de reiteración y ambas circunstancias se refundieron distinguiendo entre una reincidencia genérica y otra específica y sin mencionar la multirecidencia, lo que fue alabado doctrinalmente por simplificar la redacción y diferir la cuestión de la multirecidencia a las reglas para la determinación de la pena.

La reforma de 1983 suprimió la multireincidencia tal y como la definía el antiguo art. 10.15, y 61.6 (en lo relativo a las reglas de determinación de la pena), justificándolo, según su Exposición de Motivos, en “*la exasperación del delito futuro, de por sí contraria al principio non bis ídem, pues conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una ocasión....a lo que se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite del castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho*”.

La reforma por tanto distinguió dos supuestos, el primero cuando el culpable al delinquir ya hubiere sido condenado por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo, sustituyendo a la fórmula tradicional que exigía la identidad de título y superando los inconvenientes que se presentaban al permitir la aplicación de la agravante a infracciones heterogéneas que, a pesar de no ofrecer una homogeneidad en cuanto al bien jurídico protegido, figuraban por defecto de sistemática agrupados en un mismo título del Código. Esta deficiencia técnica ya fue denunciada por Quintano Ripollés para quien hubiera sido más correcto emplear la expresión de delitos de la misma naturaleza. El segundo supuesto se refería al haber sido condenado por otro delito al que la ley señalará igual o mayor pena, o por dos o más a los que la ley señalará pena menor, lo que tiene su origen en la anterior reiteración, coincidiendo su redacción. En los dos supuestos no se computaban los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo por concurrir los requisitos del artículo 118²⁰.

Por último, ha de señalarse que por LO 3/88 se añadió un penúltimo párrafo relativo a la reincidencia internacional contemplándose como supuesto de agravación a efectos de reincidencia la condena de un tribunal extranjero, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes.

2.2. Del Código Penal de 1995 a la reforma de 2015

El Proyecto de Código Penal de 1980 contuvo por vez primera en la historia del derecho español un título rubricado de los delitos económicos, lo que fue enormemente criticado, a favor y en contra, en los diferentes ámbitos doctrinales, aunque finalmente la opción que lo consideraba una norma innecesaria fue perdiendo fuerza frente a la idea de que el Código hasta entonces vigente era incapaz de afrontar las necesidades sociales en relación a todos aquellos delitos en los que se ve implicada la economía de mercado. Aceptada esta rúbrica, la nueva controversia surgió en torno a cuáles eran los delitos que merecían la calificación de delitos económicos, debatiéndose dos cuestiones, la primera, el significado del bien jurídico protegido en los delitos económicos, estimándose que debían existir dos títulos diferenciados, uno dedicado a delitos patrimoniales y otro a delitos económicos. La segunda cuestión, relativa a la naturaleza individual o general del bien jurídico concluyó que en los delitos patrimoniales en sentido clásico debía exigirse un efectivo menoscabo patrimonial, mientras que los delitos económicos han de configurarse a partir de la constatación de un riesgo para el mercado.

El Código Penal de 1995, trató conjuntamente los delitos patrimoniales y económicos, aunque la razón no se explica en su Exposición de Motivos y hemos de acudir a cuál fue la motivación del legislador del Proyecto de 1992 para entender esta nueva rúbrica: *la existencia de una zona mixta en la que confluyen valores de signo patrimonial individual y de sentido económico colectivo, y no siendo fácil decidir la ubicación en uno u otro grupo sin correr riesgos de pérdida del sentido pleno de la infracción, lo más prudente pareció ser reunir en un solo y amplio título a los delitos patrimoniales y a los delitos económicos, lo que hizo el Título XIII del Código Penal.*

²⁰ Del citado art. 118 ha de destacarse el reconocimiento de la rehabilitación como un derecho, el carácter definitivo e irrevocable de la cancelación de oficio, el sistema para el cómputo de plazos en caso de remisión condicional, el principio de no publicidad de las anotaciones registrales y la consiguiente limitación en la expedición de certificaciones. Como elementos negativos se mantiene una pluralidad de vías de cancelaciones, administrativa a instancia de parte, administrativa de oficio y judicial, no siempre bien relacionadas entre sí y con deficiencias concretas en materia de plazos.

2.2.1. Delito de hurto

En relación al hurto el Código Penal de 1995 continuó ofreciendo en el artículo 234 la misma definición del hurto que los códigos precedentes, permitiendo así conservar doctrina y jurisprudencia generadas por el anterior artículo 514 y en particular en lo referente a la acción, sus requisitos, resultado, consumación la cosa, su ajenidad y la ausencia de voluntad del dueño (como elemento del tipo y como causa de exclusión del injusto)²¹, destacando respecto de la acción la posición doctrinal que se inicia de estimar que “tomar cosas muebles ajenas” (que realmente encierra acción y resultado) debía ser interpretado desde una visión material, por entender que el hurto es una infracción de apoderamiento y correlativa desposesión²².

En el artículo 235, reformado por la LO 5/2010 de 22 de junio (que añadió el número 5), pasaron a recogerse los llamados hurtos cualificados, Según este precepto la pena era superior cuando *1. Se sustraigan cosas de valor histórico, y se artístico, cultural o científico. 2. Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción occasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento. 3. Cuando revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración. 4. Cuando pusiera a la víctima o su familia en grave situación económica o se hubiera realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima. 5. Cuando se utilice a menores de catorce años para la comisión del delito.*

Se abrió de esta forma la vía a no determinar la pena en función de la cuantía, es decir no tanto por el valor económico puro del objeto, en ocasiones de difícil determinación, sino por el más tangible de naturaleza del objeto sustraído y los efectos de dicha sustracción, lo que exige por otra parte la cobertura que del dolo imponía al artículo 5 del Código Penal.

Las citadas cualificaciones realmente datan de la reforma de 1983 aunque su sentido era muy diferente, y así la cualificación por valor artístico histórico cultural o científico encierra la dificultad de que el autor haya captado y querido, en términos de dolo, el valor de lo que sustraía, pero la calificación misma es enormemente imprecisa. El artículo 46 de la Constitución Española proclama que *los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España y de los bienes que lo integran*, consecuencia de lo cual fue la Ley 16/85 de Patrimonio Histórico Español, que suscitó numerosas dificultades interpretativas²³.

Respecto a ser cosa de primera necesidad o destinadas al servicio público recoge ya la misma tendencia del legislador de 1983 que estimaba que este tipo de atentado contra la propiedad podían afectar una generalidad de personas y por tanto no resultaba impertinente en el marco de los delitos patrimoniales.

En cuanto a las destinadas al servicio público, hasta la promulgación del Código del 95 se planteaba el problema de su convivencia normativa con los desórdenes públicos, artículo 249, que desapareció en el texto del 95 y, salvada esta cuestión, se consideró que, aun siendo el concepto de servicio público amplio y complejo de por sí en derecho administrativo, resultaría excesivo pretender crear un concepto jurídico penal del mismo.

La especial gravedad por el valor de los objetos sustraídos trae su origen también de 1983, cuando se suprime la cuantía como criterio determinante de las sucesivas cualificaciones del hurto, del robo con fuerza y los daños, sintiendo el legislador la necesidad de compensar esa desaparición con la incorporación de un tipo cualificado fundado en el alto precio de la cosa y

²¹ Muñoz Conde. La reforma de los delitos contra el patrimonio. 1983.

²² Para evitar que apoderamiento y desposesión se fundan y hagan imposible la distinción entre tentativa de consumación la doctrina mayoritaria estimó que la desposesión había de situarse en el momento, diferenciado del apoderamiento, en que el dueño de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical. Así, Berdugo Gómez de la Torre.

²³ Lo que provocó que autores como Bajo Fernández propusieran que la condición de bien mueble de valor histórico artístico se debía reconocer a los que de acuerdo con la ley constaran inscritos en algún catálogo, inventario o registro, aunque, añaden otros autores, como Fernández Albor, debiera bastar con la condición de ser inventariable o registrable

el gran perjuicio que causara²⁴. La alusión a grave perjuicio es el equivalente al valor funcional de la cosa en razón al servicio que prestaba a su dueño que se recogía en 1983.

La cualificación de provocar grave situación económica o abusar de las circunstancias personales de la víctima, procede también de la reforma de 1983 con el matiz de que en ella se aludía al abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima, lo cual resulta de mejor técnica jurídica que la utilizada en 1995 y obliga, obligaba, a acudir a una interpretación histórica ligada al abuso de la superioridad.

La agravación por utilizar a menores se debió tanto a que de este modo se introduce al menor en el aprendizaje de una conducta delictiva, en una edad en la que todavía no ha alcanzado la de responsabilidad penal específica conforme a la Ley del Menor, como a que puede ser más fácil realizar la sustracción y evitar la persecución penal utilizando a un menor²⁵.

En el artículo 236 el código castigaba al que siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste la sustrajeron de que la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo de un tercero, siempre que el valor de aquella excediera de 50.000 pesetas (400€), viniendo así a satisfacer, por fin, la petición doctrinal unánime de extraer esta modalidad de apoderamiento del delito de estafa, y aunque no guste su incorporación al ámbito del hurto, pues repugna en cierta manera proclamar que el propietario puede cometer un delito contra la propiedad que tenga por objeto una cosa suya²⁶ es cierto que el concepto de patrimonio es más amplio que el de propiedad y comprende también los derechos del poseedor, pues estos tienen una significación económica posible y además goza de la tutela del derecho. La posesión legítima puede ser por tanto objeto de agresión, así lo dice el precepto.

En este apartado ha de concluirse con la modificación introducida por LO 5/10, siguiendo la línea marcada por la LO 11/03, y ampliéndola, que permitía la conversión de la falta en delito en caso de habitualidad, al establecer la imposición de la pena del art. 234 párrafo 1º “*al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del art. 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito*”:

Decía la Exposición de Motivos que esta conducta podía ser síntoma de una delincuencia profesionalizada que hace de este hecho su medio de vida. Sin embargo, autores como Muñoz Conde, consideraron esta modificación absolutamente desproporcionada y “una forma de criminalización de la pobreza que rayaba en los límites de la Ley de Vagos y Maleantes o la de Peligrosidad y Rehabilitación Social”, apoyando su tesis con la introducción en 2010 del concepto de reiteración delictiva que, además de desfigurar la reincidencia del art. 22.8, cambiaba el sentido mismo de alguna pena, como la localización permanente, que podía quedar convertida en arresto²⁷.

2.2.2. Delito de robo

El delito de robo se contemplaba, al igual que en la actualidad, en el artículo 237, conforme al cual *son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde ésta se encuentra o violencia o intimidación en las personas*²⁸.

²⁴ La jurisprudencia comenzó a fijar la cualificación por el valor de la cosa a partir de 1 millón de pesetas en 1991. Por todas, STS 15.4.91.

²⁵ Muñoz Conde. Derecho Penal. Tomo II. 18º edición. Página 391.

²⁶ Vaello Esquerdo. Las cualificaciones del hurto. Estudios penales en memoria de Fernández albor. 1989. Página 725.

²⁷ Y es que si en principio respondían con localización permanente o multa quienes cometieran hurto superior a 400€, tras la reforma de 2010 se añadió que en los casos de perpetración reiterada de la falta de hurto la pena sería la de localización permanente, que podrá acordarse sea cumplida de viernes a domingo en centro penitenciario. Se añadía que, para apreciar la reiteración, se atendería al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas.

²⁸ Es decir, al igual que el antiguo artículo 500 se describía el delito de robo sobre dos ideas básicas: la de mantener la esencia de la descripción del delito de hurto (aunque sin hacer mención a la voluntad del dueño) y la de ser común al robo con fuerza y al robo con violencia en las personas.

El artículo 238 describía las circunstancias en virtud de las cuales el delito debía ser calificado como de robo con fuerza, a saber, escalamiento, rompimiento de pared..., fractura de armarios...uso de llaves falsas e inutilización de sistemas específicos de alarma o un guarda. El concepto de llaves falsas lo proporcionaba el artículo 239, modificado por L.O 5/2010 para introducir en el último párrafo del precepto la referencia a "cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar". La pena, prisión de uno a tres años se recogía en el artículo 240, contemplándose la posibilidad de aplicar las cualificaciones previstas en el art. 235.

En el artículo 241 se contemplaba, al igual que actualmente, el tipo cualificado de robo con fuerza que se cometiera en casa habitada, edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias. Mantiene así el Código la técnica de fijar un tipo básico de robo con fuerza para luego, al igual que hace en el delito de hurto, introducir una serie de supuestos cualificados, aunque las razones de esa cualificación y sobre todo su marco físico implican para algunos autores²⁹ problemas interpretativos. Así tanto en los artículos 235 y 241 del código penal de 1995, y 506 del antiguo texto, se ponía de manifiesto la decisión del legislador, que no era otra que suprimir las cualificaciones de porte de armas u objetos peligrosos, asalto de tren, buque... Las razones son cuestionables a criterio de la doctrina, dado que la cualificación por el porte de armas en un delito de robo con fuerza implicaba evidentemente que las mismas no habían sido ni siquiera exhibidas pues en tal caso pasarían a tratarse de robo con intimidación. Iguales consideraciones han de efectuarse a la cualificación por asalto, inconcebible sin forzar la voluntad de la persona asaltada, o la cualificación de especial protección a la entidad bancaria, no exigible desde el punto de vista de la justicia equitativa por no entender que tuvieran que merecer mayor protección que otras entidades o personas.

Visto lo anterior la única agravación genuina que se mantiene es la casa habitada, por otro lado, la cualificación más antigua del delito de robo con fuerza, y con una fundamentación propia, el peligro potencial que encierra, pues se acerca a la posibilidad de que un robo con fuerza pasase a robo violento si el autor es descubierto. El Código ofrecía además una definición de casa habitada y a este respecto el Tribunal Supremo fundamentaba la existencia de la agravante en que además de suponer una mayor peligrosidad, tiene un mayor contenido de injusto, por el ataque a la intimidad de quienes habitan la casa³⁰.

Más dificultades de comprensión planteaba la extensión de la cualificación al edificio local abierto al público, en consonancia con el anterior artículo 506. La doctrina consideraba injustificada la agravación del robo cometido en casa habitada, edificio público, edificio de culto y entidad bancaria, y estimaban que pudo haberse zanjado la polémica suprimiendo la cualificación dado que la tutela de casas y edificios ya la dispensaba el delito de allanamiento de morada sin que fuera necesario cualificar el robo cometido en esos lugares, pero sin embargo a partir del proyecto de Código Penal de 1992, y recogido en el de 1995, la opción fue sustituir el concepto de edificio público por el calificado doctrinalmente como absolutamente injustificable concepto de edificio o local abierto al público, lo que supone una descripción amplísima contraria a la esencia del derecho penal y que además obliga a separar la acción del apoderamiento del concepto del horario³¹. La LO 5/10 introdujo en el delito de robo con violencia o intimidación la cualificación de casa habitada o sus dependencias, pero no mencionó el edificio o local abiertos al público.

En relación al delito de robo con violencia o intimidación del artículo 242 ha de manifestarse que, en su origen, pues el precepto fue modificado por L.O 5/2010, este precepto quedaba destinado a fijar la pena imponible, considerando que la violencia física daría lugar a la impo-

²⁹ Quintero Olivares y otros. Comentarios al nuevo código penal. Aranzadi. Página 1111.

³⁰ SSTS 4 de mayo de 1992 o 30 de octubre del mismo año.

³¹ No obstante, autores como Muñoz Conde justificaron la agravación, como ya hiciera el TS en Acuerdo de 27.9.98, por la mayor protección que requieren los edificios donde se ejerce la función pública, y entendían que, dado que la redacción no lo impedía, bien podrían incluirse los locales privados mientras estuvieran abiertos al público por el riesgo para las personas que se encuentren en el citado local, lo que podía estimarse, en este punto, como una agravación desmesurada. No obstante, ya había sido estimada por el TS en Acuerdo de 27.9.98

sición adicional de otra pena. Introducía además un tipo cualificado y un tipo privilegiado. Se incluye un tipo cualificado en cuanto al uso de armas y casa habitada, y privilegiado en cuanto a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y restantes circunstancias del hecho.

En relación a las cualificaciones, con la del uso de armas se resolvió la duda interpretativa del Código anterior, es decir no bastaba portarlas sin exhibirlas y además la exhibición debía ser absorbida en la misma idea de intimidación³². La inclusión de la casa habitada o cualquiera de sus dependencias se valoró positivamente pues antes de la reforma de 2010 debía jugarse con el concurso con el delito de allanamiento o una agravante genérica. El concepto de casa habitada lo proporcionaban los números 2 y 3 del art. 242

La segunda, violencia menor, nace con el evidente propósito de neutralizar el notable endurecimiento de la penalidad del robo, dejando en manos de los Tribunales la posibilidad de apreciar que la violencia o intimidación ejercidas son de escasa entidad y por tanto deben poder reducir la pena³³. El precedente, el artículo 246 del proyecto de Código Penal de 1992, usó la expresión "violencia o intimidación insignificantes", reflejando sin duda la idea que se pretendía al introducir el tipo privilegiado³⁴.

2.2.3. Delito de robo y hurto de uso de vehículos

En el artículo 244 del Código de 1995, Capítulo IV, se castigaba el delito de robo y hurto de uso de vehículos, estableciendo que *el que sustrajese un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, cuyo valor excediere de 50.000 pesetas, sin ánimo de apropiárselo, será castigado... si lo restituye, directa o indirectamente en un plazo no superior a 48 horas*. Se añadían reglas penológicas si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas.

Este precepto fue modificado por L.O 15/2003 que añadía a la acción de sustracción la de *utilizar sin la debida autorización*. Igualmente, por L.O 11/2003 se agregó un segundo párrafo al número uno del citado precepto, castigando con la misma pena al que en el plazo de un año realizará cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3, siempre que el montante acumulado de las infracciones fuera superior al mínimo de la referida figura del delito, 400 €³⁵ (y sin que en 2010 se modificase a tres el número de conductas como ocurrió con otras figuras). Hasta ese año, como ya se indicó, en base a la redacción originaria de 1995 el bien jurídico protegido era, al igual que en los delitos de robo y hurto, la propiedad, y, por tanto, sólo podía cometerlo el que no se encontraba previamente en posesión legítima del vehículo. Tras la LO 15/03 pasa a protegerse el derecho de uso o utilización que el propietario tiene sobre el vehículo de motor³⁶, incluyendo así la apropiación indebida de uso de vehículo de motor³⁷. Los tipos cualificados, los citados de fuerza en las cosas, no restitución dentro de las 48 horas y empleo de violencia o intimidación.

2.2.4. Reincidencia

Por último, en relación a la reincidencia, la reforma de 1983 ya renunció, como quedó indicado, a las distintas modalidades de sanción en la recaída del delito, reiteración, reincidencia y mul-

³² La cualificación por tanto quedaba producida cuando las armas o medios son efectivamente utilizados con independencia de la pena imponible por la agresión ejecutada o intentada. Por tanto, es una agravación por el medio empleado en el robo violento.

³³ Ya la jurisprudencia detectó que determinados actos violentos como el conocido tirón sólo tienen un pequeño componente de violencia física e inexorablemente debían dar lugar a la imposición de la misma pena que otros robos que evidenciaban superior peligrosidad de su autor. SSTS 3.10.92 y 15.10.92

³⁴ Quintero Olivares. Comentarios al nuevo Código Penal. Aranzadi. 1996. Página 1115.

³⁵ Destaca en la modificación introducida orgánica 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración en los extranjeros, que desapareció en el texto de la ley orgánica 15/2003 tal y como se publicó en el BOE, pero fue reintroducido en el código penal por medio de una corrección de errores, carente de sustento en el texto que aprobaron Senado y Congreso, publicándose en el BOE de 16 de marzo de 2004.

³⁶ Blanco Lozano. Robo y hurto de uso de vehículos en el CP de 2003.

³⁷ Que no puede, ni antes ni ahora, incluirse en el art. 235, según pone de manifiesto Muñoz Conde.

tireincidencia, estableciendo un concepto unitario. El Anteproyecto de 1992 no apreció la reincidencia entre el catálogo de circunstancias agravantes, pasando a quedar regulada en el capítulo de reglas generales para la aplicación de las penas, aunque posteriormente el Ministerio de Justicia, asumiendo el informe del Consejo General del Poder Judicial, contempló como agravante de obligatoria apreciación la reincidencia específica en el catálogo del entonces artículo 21.

En el texto del Código Penal de 1995, art. 22.8, se observa una notable evolución por mor de razones de política criminal, estableciendo que *hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza*. El segundo párrafo señalaba que *a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo*. Lo anterior obliga a realizar un juicio de equiparación material entre los dos delitos correlacionados, sentando criterios en base a los cuales se establecerá la identidad de naturalezas.

Una reiterada jurisprudencia vino exigiendo para la apreciación de la agravante de reincidencia que, en el momento de cometer el delito, el delincuente ya hubiera sido ejecutoriamente condenado, que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquel por el que se juzga, que ambos delitos tuvieran la misma naturaleza, y que los antecedentes no se hallaran cancelados, o debieran estarlo³⁸. El Tribunal Supremo³⁹ sentó que “*el fundamento de la agravación a causa de la reincidencia es cuestionable en tanto pueda superar la culpabilidad del autor por el hecho imputado....y sentada la constitucionalidad de la agravante desde la STC 150/91.....la agravación se relaciona con las funciones de prevención, no solo especial sino también general y no solo negativa, en cuanto aumenta la intimidación con una mayor extensión de la pena, sino también positiva, ya que reconoce que para determinados casos es necesaria una mayor afirmación de la vigencia y valor del derecho....*”.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, amparándose en el siempre difuso concepto de la realidad social, estimó que siendo uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, era necesario otorgar una respuesta penal adecuada. Así, estableció medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, introduciendo, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado⁴⁰, en redacción que no resulta modificada por LO 5/10, aunque de ésta ha de destacarse la creación del art. 66 bis del Código Penal, que contempla entre las reglas de determinación de la pena a imponer a las personas jurídicas, la de ser reincidente para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años.

También de 2003 datan las medidas dirigidas a “*mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados*”, y así, los artículos 147 (lesiones), 234 (hurto) y 244 (sustracción de vehículos), establecieron “*una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de delito*”.

³⁸ Sentencias del TS 22.5.2010, 997/2011, de 29 de septiembre, 380/2014, de 14 de mayo,

³⁹ En Sentencias 884/2003, de 13 de junio y 535/2008, de 18 de septiembre de 2008

⁴⁰ Según la Exposición de Motivos de la citada LO 11/2003 “dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado”. Con esa fundamentación se procedió a la nueva redacción del art. 66, cuyo nº 5 pasó a tener el siguiente contenido: “*Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo*”.

tivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito”.

En materia de rehabilitación, como se indicaba en el apartado anterior, ya la Reforma de 1983 abordó la rehabilitación estableciendo que la cancelación pasa a ser definitiva y reforzando la obligatoriedad de cancelar de oficio. A estos efectos ha de citarse la nueva regulación que de la cancelación de antecedentes delictivos efectúa el art. 136, conforme al cual la cancelación y consiguiente inoperancia de los antecedentes, puede obtenerse de tres formas, a instancias del propio condenado, de oficio si concurren los requisitos que señala el precepto o por orden del órgano sentenciador en los supuestos del nº 5 del artículo⁴¹.

3. Reforma de 2015

3.1. Líneas generales de la reforma

Se efectúan profundas modificaciones en los delitos de hurto y robo, así como en la multirreincidencia.

El tipo básico del hurto queda referido a los casos en que la cuantía de lo sustraído exceda de 400 €, pues si no lo hace se tratará de delito leve. Queda incluida, con agravación penológica, aunque dentro del tipo básico, la inutilización de sistemas de alarma. Asimismo se modifica el catálogo de agravantes específicas del delito de hurto, también aplicable al de robo con fuerza en las cosas, incluyendo supuestos como aprovecharse de la situación de desamparo que padece la víctima, cometerse por organización delictiva, utilizar menores, la reincidencia (la llamada multirreincidencia de delincuentes habituales), que se sustraigan cables si la conducta afecta a la conducción de suministro eléctrico, telecomunicaciones, conducciones o infraestructuras de hidrocarburos, o que se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas (debe destacarse que las dos últimas circunstancias citadas son incluidas en el delito de receptación como nuevos tipos agravados, pretendiendo así el legislador no sólo evitar la sustracción de estos productos sino también su venta o tráfico ilícito).

Por lo que hace a la circunstancia agravatoria de la reincidencia en el delito de hurto del art. 235, con la literalidad del precepto se permite no ya la aplicación de la regla del art. 66.1.5º (superior en grado) sino una pena mayor, contemplándose la llamada delincuencia habitual pero no, por el rechazo en tramitación parlamentaria, la “profesionalidad”, que pretendió incluirse como circunstancia agravante en el delito de hurto con un criterio rayano en la vulneración del principio de culpabilidad, y es que como estableció la STC 185/14, de 6 de noviembre, “no sería constitucionalmente legítimo , por ser contrario a aquel principio, un derecho penal de autor que determinara la pena en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”.

El hurto posesorio del artículo 236 incorpora un tipo atenuado, delito leve, cuando la cuantía no excede de 400 €.

En el delito de robo con fuerza se incluye en la definición la fuerza empleada para abandonar el lugar con la cosa sustraída, incorporándose también que la fuerza, violencia o intimidación se produzcan para proteger la huida, o sobre los que acudan a auxiliar a la víctima o le persigan. Se prevé también la imposición de una pena superior, de dos a seis años, cuando los hechos constitutivos de delito de robo con fuerza revistieran una especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concurra

⁴¹ “En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia e Interior, ésta no se haya producido, el Juez o Tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes”.

alguna de las circunstancias del artículo 235 y contemplándose menor pena para el supuesto de robo en establecimiento abierto al público cuando el mismo se produce fuera de las horas de apertura.

En el delito de robo con violencia o intimidación, con definición en el art. 237, por vez primera, se introduce como agravación la de haberlo cometido en establecimiento abierto al público,

El delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor es modificado en el lógico sentido de eliminar las referencias a la falta, prescindir del valor del vehículo y, en materia de pena, se aumenta el límite mínimo de la multa alternativa.

En materia de reincidencia debe destacarse en esta primera aproximación la inclusión de las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros estados de la Unión Europea, las cuales producirán efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al derecho español.

Por último, y aunque no constituya propiamente materia legislativa reformada, en tanto que los delitos de hurto y robo, con fuerza o violencia o intimidación, son susceptibles de plantear numerosas situaciones de concursos delictivos, han de ser citadas por su especial transcendencia en esta materia las Sentencias del Tribunal Supremo 863/15, de 30 de noviembre, 28/16 de 28 de enero y 206/16 de 11 de marzo, en particular por lo que hace a las distinciones entre concurso de normas, real, instrumental o medial frente a concurso ideal, así como la Circular 4/2015, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

3.2. Informes del Consejo de Estado, CGPJ y Consejo Fiscal

La Ley Orgánica de reforma del Código Penal fue aprobada en el pleno del Congreso el 26 de marzo de 2015 tras ratificarse las enmiendas incorporadas por el Senado.

Previamente emitieron informe el Consejo Fiscal, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, aunque, como señala este último en su dictamen, los dos anteriores se materializaron sobre una versión anterior del Anteproyecto.

3.2.1. Consejo de Estado

El Consejo de Estado emitió informe el 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaba la L.O 10/95, 23 de noviembre, del Código Penal.

Recoge el dictamen cómo la Exposición de Motivos (*Preámbulo*) del citado Anteproyecto se refiere a la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia mediante un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que sean percibidas en la sociedad como justas, a fin de lo cual diseña una profunda revisión del sistema de consecuencias penales.

Se señala también, en los antecedentes del citado informe, que en la reforma de los delitos patrimoniales pretende dar la ley respuesta a los problemas de la multirreincidencia y la criminalidad grave, introduciendo un supuesto agravado para la delincuencia profesional y organizada y excluyendo la consideración como leves de los delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación.

El Consejo de Estado, teniendo en consideración los informes emitidos por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal así como con audiencia del Consejo General de la Abogacía Española, emitió dictamen que inicia con una consideración crítica, por estimar (como ya hiciera en dictamen 1404/2009 en relación a otra reforma del Código Penal), que, tratándose de una modificación de calado, el legislador no había contado con las aportaciones de órganos especializados tan relevantes como la Comisión General de Codificación. Igualmente señala que, si bien según la memoria de análisis de impacto normativo se mantuvieron contac-

tos con representantes de colectivos profesionales y de organizaciones no gubernamentales directamente afectados por la reforma, el expediente no incorpora documentación alguna de esos contactos, alegaciones o estudios a que alude. Llega a señalar el Consejo de Estado que *una correcta tramitación del anteproyecto hubiera exigido que se dejara constancia de tales alegaciones.*

Destaca igualmente que los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial se recabaron en relación con una anterior versión del Anteproyecto, en el que después se introdujeron modificaciones de especial relevancia que, aunque naturalmente pueden responder a las observaciones formuladas por estos órganos, dado que se ha incorporado previsiones nuevas sobre las que no tuvieron ocasión de pronunciarse ambos órganos, hay que formular las reservas correspondientes en la medida en que estas modificaciones del Código Penal han quedado privadas de la tramitación debida⁴².

El Consejo comienza a su dictamen señalando que *ante la pluralidad de causas alegada por el legislador para efectuar la reforma, el contenido que se incorpora al Anteproyecto también es heterogéneo*, alcanzando desde la revisión del sistema de penas y consecuencias penales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la suspensión, la cancelación de los antecedentes penales hasta múltiples modificaciones en la parte especial *lo que*, se afirma, *no facilita el análisis preciso y seguido de los efectos que la reforma puede suponer en cada uno de los diferentes ámbitos materiales afectados dado que la dispersión de los contenidos pueda hacer que algunos aspectos, aun siendo relevantes, queden velados o encubiertos por la extensión y heterogeneidad de la reforma.*

En la Consideración 25^a dictamina sobre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Y sentado como objetivo esencial del Anteproyecto el ofrecer una respuesta a los problemas que plantean la multirreincidencia y la criminalidad grave se destaca en materia de delitos de hurto la previsión del delito leve por su escasa gravedad, atendiendo al valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima⁴³. Hace hincapié también en la configuración del artículo 235 como un catálogo de agravantes específicas aplicable no sólo al hurto sino a todas las modalidades de robo, destacando la nueva figura agravada de conducciones de suministro eléctrico o servicios de telecomunicaciones u otras destinadas al servicio público, causándose grave quebranto a los mismos, *por el enorme problema generado por la sustracción del cable de cobre en las redes del servicio público e interés general.*

Dictaminaba también el Consejo sobre la entonces circunstancia número sexta del artículo 235 del anteproyecto (*cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional*), afortunadamente desaparecida a lo largo de la tramitación parlamentaria, El Consejo de Estado se limita a recoger la justificación de la exposición de motivos manifestando que soluciona los problemas que plantea la delincuencia profesional y sólo sugirió una mayor concreción con el fin de evitar problemas en su aplicación práctica y en particular en la prueba del supuesto delito.

Por lo que hace a la reincidencia y criminalidad organizada se llama la atención sobre el hecho de que la condición de miembro de una organización criminal ya esté sancionada en otro precepto del Código Penal lo que podría conllevar sumas punitivas.

Respecto del delito de robo con fuerza tan sólo destaca la inclusión del empleo de la fuerza en las cosas no sólo para acceder al lugar en que estas se encuentran, sino también para abandonarlo, así como la previsión de aplicar las circunstancias agravantes del artículo 235.

⁴² Así, afirma el Consejo de Estado, antes de iniciar el estudio detallado del anteproyecto, que “*al informar proyectos normativos tan relevantes como el que ahora se aborda debe reiterarse el alto valor que supone que los expedientes administrativos constituyan un cauce que permita contar con todos los puntos de vistas y contribuciones que asegure la mejor preparación de estas innovaciones normativas, para lo que han de desplegarse esfuerzos de mayor intensidad que los que se aprecian en el caso ahora dictaminado*”.

⁴³ Aunque se matizaban el párrafo segundo, finalmente modificado, que no se consideraría de escasa gravedad cuando el valor de los bienes fuere superior a 1000 € o cuando concurrieren algunas de las circunstancias del artículo 235.

En materia de robo con violencia destaca cómo la modificación proyectada consiste en trasladar la previsión del anterior 242 a la definición que recoge el artículo 237 de modo que, como ya señalara el Consejo General del Poder Judicial, la violencia e intimidación apta para configurar el delito de robo es aquella que se exterioriza al cometer la sustracción, tanto sobre la propia víctima como sobre los terceros auxiliadores o perseguidores. Asume igualmente la tesis del CGPJ de que el cambio propuesto no supondrá una variación del régimen jurídico vigente, habida cuenta que los actos de violencia o intimidación que se detallan en el artículo 237 deben acontecer con anterioridad a la consumación del hecho, de acuerdo al criterio jurisprudencial consolidado, para configurar el delito de robo.

Por lo que hace al robo y hurto de uso de vehículos el Consejo tan sólo recoge la supresión de la referencia al valor del vehículo como elemento diferenciador entre el delito y la falta (a la actualidad, delito leve).

3.2.2. CGPJ

El pleno del Consejo General del Poder Judicial en reunión de 16 de enero de 2013, aprobó por mayoría el informe sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal.

Comienza el informe, tras analizar la estructura del Anteproyecto, poniendo de manifiesto ciertas imprecisiones, en particular, la inexistencia en el vigente Código de un elenco de delitos que, con sustantividad propia, se denominen delitos contra la propiedad, habida cuenta que el título XIII del libro II viene referido a los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.

Continúa con la consideración crítica acerca de lo que la Exposición de Motivos establece como uno de los principales propósitos de la reforma, *poner a disposición de la administración de justicia un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles*, y tras señalar que las resoluciones judiciales pueden colmar o defraudar las expectativas de unos y otros, en función de su concreto contenido final o de la motivación utilizada, señala, que si esa es la razón por la que se pone en tela de juicio la previsibilidad de la actividad jurisdiccional, difícilmente esta reforma legislativa podrá evitar lo que es inherente a cualquier decisión humana y singularmente a la interpretación por los jueces de la norma y su aplicación individualizada al caso concreto.

Critica también la afirmación de que la reforma proyectada contribuye a que las resoluciones judiciales sean percibidas socialmente como justas. Afirma el Consejo que *la justicia, entendida como la calidad o virtud de dar a cada uno lo que le pertenece corresponde a sido y es objeto de múltiples valoraciones, especialmente cuando se anuda al caso concreto y ello, lejos de ser un inconveniente, debe ser valorado como una consecuencia del pluralismo inherente a toda sociedad democrática*.

En materia de delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico destaca las modificaciones de calado que se efectúa. En los delitos de apoderamiento, hurtos, robos y robo y hurto de vehículos de motor, se destaca el notable endurecimiento de las penas previstas para el hurto y robo con fuerza las cosas cometidos bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, hasta el extremo de cuestionar seriamente la adecuada proporcionalidad que debe existir entre la gravedad del delito y la correlativa respuesta punitiva.

En relación al delito de hurto recoge la descripción del tipo básico del hurto en el artículo 234.1 los mismos términos que la redacción anterior, acotando el número dos la aplicación del subtipo leve en atención a lo que se denomina escasa gravedad del hecho, que habrá de establecerse conforme a varios parámetros, a saber, el escaso valor de los bienes distraídos y la situación económica de la víctima. El límite infranqueable se fijaba en 1000 € lo que fue eliminado en la tramitación parlamentaria.

Se critica igualmente, en el punto de las cualificaciones agravatorias, la escueta referencia a la situación económica de la víctima, lo que puede dar lugar a problemas interpretativos que por

obligar a los jueces a determinar el alcance y contenido de este concepto jurídico indeterminado pueden conllevar a disparidad de criterios. Esta misma agravación contempla el hecho de que la sustracción se haya cometido abusando de las circunstancias personales de la víctima, su situación de desamparo o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la Comisión impune del delito. Se sugiere suprimir el término impune porque *impune es lo que queda sin castigo* y de mantenerlo se introduciría un elemento equívoco en el tipo.

Como novedades del art. 235 se destaca la conducción de suministros eléctricos... destinados al servicio público y que cause un grave quebranto a los mismos. Considera al Consejo que debiera eliminarse el requisito de grave quebranto para dotar al precepto de un alcance disusitorio de mayor envergadura, muy útil para poner coto al constante incremento de esta modalidad delictiva.

Recogía también críticas a la desaparecida, en tramitación parlamentaria, cualificación agravatoria de la profesionalidad, *por la vaguedad de la redacción utilizada y por las dificultades que acarrearía la constatación empírica del designio del autor y la frecuencia con que comete ese tipo de infracción.*

Destaca la censura que el informe efectuó al desaparecido (en tramitación parlamentaria) art. 235 bis que en su número 1. 1º preveía pena de hasta cuatro años de prisión para el delito de hurto, cuando el autor u otro de los partícipes portare armas o medios peligrosos. Decía el Consejo que el prelegislador confería al potencial peligro que acarrea el porte de armas un desvalor desproporcionado a efectos penológicos, pues la mera llevanza de esos efectos no es perceptible para la víctima. Señala también que la equiparación penológica entre el simple porte de armas y su utilización efectiva, en el contexto de un robo con violencia o intimidación a que se refiere el artículo 242, supone tratar de manera homogénea dos supuestos de diferente gravedad por lo que sugería mantener la agravación prevista tan sólo cuando se hiciera uso de tales instrumentos⁴⁴.

La comisión del hurto por miembro de una organización o grupo criminal, 235 bis del Anteproyecto, es también objeto de reproche por entender que ya el hecho de formar parte de un grupo u organización criminal se sanciona de forma autónoma, *antojándose excesivo agravar la comisión del hurto por el simple hecho de actuar conforme a los fines de la asociación creada para delinquir.*

En el delito de robo con fuerza las cosas se destaca la incorporación de una novedad de notable significación, la fuerza para acceder al lugar en que las cosas se encuentran y también para abandonar el lugar donde estas se hallen. Según la Exposición de Motivos, mediante esta medida se pretende sancionar como robo el problema habitual de llevar a cabo la desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar para así poderlo abandonar con el botín. La definición del artículo 237 se considera inidónea para este fin se propone una redacción alternativa⁴⁵. Igualmente se critica el endurecimiento punitivo que acarrea la medida, hasta entonces constitutiva de delito o falta de hurto, de conformidad con los criterios emanados de la consulta 13/1997, de la Fiscalía General del Estado.

Por lo que hace al delito de robo con violencia o intimidación, la definición de esta figura, resalta el Consejo, también ha sido modificada, pues la violencia o intimidación en las personas que configura el delito de robo podrá acontecer al cometer el delito, para proteger la huida o cuando se proyecte sobre quienes acudan en auxilio de la víctima o persigan al autor. Esta modificación refleja fielmente la doctrina jurisprudencial relativa a la consumación del delito de

⁴⁴ Pues entiende que para dar una respuesta adecuada y proporcional al riesgo que comporta la posesión de esos instrumentos bastaría con excluir la posibilidad de aplicar el subtipo atenuado en esos casos.

⁴⁵ "Son reos de delitos de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderan de las cosas muebles ajenas empleando fuerza para acceder al lugar donde se encuentran o para evitar que la sustracción cometida sea detectada al abandonar dicho lugar"

robo y las consecuencias de la violencia e intimidación ejercidas, por lo que se considera lógico que se haya efectuado, aunque, tras citar la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2001, manifiesta de una forma sutil que el cambio introducido no supondrá una variación del régimen jurídico vigente de acuerdo con el criterio jurisprudencial existente.

Se establece una penalidad mayor cuando el delito de robo violento se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público, constituyendo una novedad la inclusión de estos últimos, e infiriendo de él la intención de endurecer la respuesta penal cuando el hecho no sólo acontezca en un espacio reservado a la intimidad personal y familiar sino también en aquellos lugares en cuyo interior sea más factible que exista dinero o bienes susceptibles de apropiación.

Por último y en relación al delito de robo y hurto de uso de vehículos, se recoge que la única novedad que se incorpora es la supresión de cualquier referencia a la cuantía del vehículo pues el resto del artículo permanece inalterable.

3.3.3. Consejo Fiscal

El Consejo Fiscal informó con fecha 20 de diciembre de 2012, el Anteproyecto de reforma del Código Penal del que se le dio traslado de conformidad con el artículo 14.4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Debe destacarse la llamada reflexión inicial del informe en el que el Consejo, *con escrupuloso respeto a la iniciativa legislativa del gobierno*, advierte de los riesgos inherentes a un proceso continuado de modificaciones de la ley penal, que en ocasiones pueden estar justificadas pero que, en todo caso, en tanto tuteladora de los bienes jurídicos máspreciados, debe estar presidida por la certeza, la seguridad jurídica y las taxatividad⁴⁶.

Tras citar el número de reformas operadas en el vigente Código Penal desde su entrada en vigor⁴⁷ recuerda el Consejo que las reformas de la legislación penal deben restringirse a los supuestos estrictamente necesarios y acometerse con imprescindible sosiego y tras intenso estudio, lo que no se compadece con la introducción de cambios tan radicales en el Anteproyecto de institutos penales claves como la medida de seguridad o la reconversión de las faltas, en su mayoría, a delitos.

En relación con el artículo 66 ofrece una favorable acogida a la regulación presentada en el Anteproyecto informado.

Respecto al delito de hurto el informe se efectúa sobre la base de la inclusión de un apartado segundo en el artículo 234, que creaba el delito leve de hurto caracterizado por su escasa gravedad atendiendo al valor de los bienes sustraídos y la situación económica a la víctima, lo que desaparece tras la tramitación parlamentaria.

Cita como característica fundamental del artículo 235 el pasar a constituir un catálogo de agravantes específicas aplicables no sólo al hurto sino también a las modalidades del robo, destacando la figura agravada de conducciones de suministro eléctrico, determinada por el problema generado por la sustracción de cable de cobre en las redes de servicio público, y calificando como acertado el agravamiento de la penalidad de estos comportamientos delictivos por generar perjuicios económicos de considerable importe a las compañías, afectar a servicios públicos y ocasionar problemas de suministro. En relación a la especial gravedad atendiendo al valor de los efectos perjuicios, hoy quinta agravación, el Consejo considera que hubiera sido conveniente concretar la cuantía en 50.000 € en consonancia con la modificación del artículo 250.5 efectuó la L.O 5/2010 en materia de estafa. La agravación de poner a la víctima o a su

⁴⁶ En este sentido ha de recogerse en la literalidad del informe, la mención a las palabras de don Víctor Cován y Junco, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1920: *toda disposición legal no alcanza el apogeo de su fuerza, sino cuando perdura y, por el contrario, si se suceden y reemplazan frecuentemente, pierden, a la par que el respeto que se les debe, su fuerza y autoridad.*

⁴⁷ Un total de 25 ocasiones: dos en 1998,2 1999, cinco en el año 2000, dos en el año 2002,5 2003, una en 2004,2 en 2005, una en 2006, dos en 2007, dos en 2010, y una en 2011 (y téngase en cuenta que el informe del Consejo fiscal es de fecha 20 de diciembre de 2012).

familia en grave situación económica, abusar de circunstancias personales, situación de desamparo, o aprovechamiento de la producción de un accidente, se considera favorable en tanto efectúa un tratamiento más amplio de la anterior circunstancia número cuatro, comprendiendo todas aquellas situaciones en que la víctima se encuentra en una situación de desvalimiento y el autor se aproveche de tal circunstancia, lo que implica un mayor reproche penal.

Se critica la ya mencionada circunstancia agravatoria de profesionalidad, desaparecida finalmente, por los problemas que de prueba y dificultades de aplicación práctica podía provocar. Igualmente censura la redacción de un nuevo artículo 235 bis que pretendía introducirse, en primer lugar, con una agravación al que portare armas u otro instrumento peligroso, lo que se estima que puede resultar desproporcionado; y por innecesario y perturbador, la agravación de tratarse de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad.

Se menciona a continuación en el informe, el contenido del artículo 236 bis, no trasladado finalmente a Ley Orgánica, que establecía con carácter facultativo la imposición de una medida de seguridad de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este capítulo, además de la pena.

Del art. 237 resalta la inclusión del empleo de fuerza las cosas no sólo para acceder al lugar en el que estas se encuentran, sino también para abandonarlo e incluyendo en el tipo básico la posibilidad de que la violencia o intimidación recaiga en personas distintas del perjudicado, lo que se dice, ya tenía siendo recogido en la hasta entonces figura agravada del número tres del artículo 243, aunque se destaca que ya era pacífica en la doctrina y jurisprudencia la consideración de que el sujeto pasivo pudiera ser no sólo la víctima del delito sino cualquier otra que se interpusiera activa o pasivamente en la comisión del delito o la fuga del culpable, incluida la que acudiera auxilio de la víctima o que persiguiese al delincuente⁴⁸.

En relación al artículo 240 se destaca la mención expresa a la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 235.

Por lo que hace a la mención en el artículo 241 de la agravación del delito de robo por el modo de comisión o por la gravedad de los daños causados, recoge el Consejo que conforme al criterio ya aprobado por el pleno del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2007, la agravación del local abiertos al público sólo sería aplicable cuando éste efectivamente esté abierto al momento de la comisión, y si, como señalaba la Exposición de Motivos, la pretensión era sancionar con mayor severidad determinadas modalidades de robo como los alunizajes, debió especificarse la aplicabilidad de este tipo tanto cuando el establecimiento o local se encuentren abiertos al público como cuando los hechos se ejecutarán fuera de las horas de apertura ya que es en ese momento cuando tales comportamientos se producen. Destaca igualmente que esa equiparación entre edificio o local abiertos al público y casa habitada siempre fue polémica, consecuencia de lo cuál fue la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Supremo, abogando el Consejo fiscal por la introducción de modulaciones que permitieran al juzgador valorar las circunstancias concurrentes para aplicar a los supuestos de robo en establecimiento abierto al público, bien la pena básica del robo o la agravada equiparada al robo en casa habitada. Destaca también que el contenido del que ha resultado ser número cuatro del artículo 241, implica un cambio de competencia para el enjuiciamiento de estos delitos.

Introduce también la reforma, indica el Consejo Fiscal, un apartado segundo, en la línea de la reforma operada por L.O 5/2010, y es el castigar junto al robo, con violencia o intimidación, en casa habitada el cometido en edificio o local abierto al público, aunque desaparece finalmente la referencia a la imposición de la pena en su mitad superior cuando concurrieran en alguna de las circunstancias del artículo 235 bis, porte de armas, que como hemos indicado, desaparece en la redacción final, al igual que el 242 bis que permitía la imposición de medida de libertad

⁴⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1991 y 29 de enero de 2002.

vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el capítulo, a semejanza de lo que realizaba el 236 bis para el delito de hurto,

En el delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor del artículo 244 el Consejo se limita a recoger las modificaciones, de supresión de referencia al valor o la modificación de pena de multa, aunque sin efectuar mayores matizaciones al respecto.

3.3. Exposición de Motivos

Expuestos ya los informes que sobre el Anteproyecto efectuaron el Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, ha de mencionarse a continuación con carácter previo al análisis pormenorizado de la reforma, el contenido de la Exposición de Motivos, o Preámbulo, de la Ley Orgánica.

Como el mismo indica, el Código Penal aprobado por LO 10/95 viene a ser objeto de una completa revisión y actualización fundada, según se manifiesta, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones. Añade que gran parte de la reforma está también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España, y siendo ello cierto, no ha de olvidarse que la referencia que el Preámbulo efectúa a *la necesidad de fortalecer la confianza en la administración de justicia ...que hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas* es el fin último de la reforma pero el primero en constituirse como objeto de crítica en todos los informes emitidos, como ya se ha indicado.

Se expone que la revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave, por lo que se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual, excluyendo la consideración como leves de aquellos en los que concurra alguna circunstancia de agravación, con el fin se indica, de *solucionar los problemas que planteaba la multirreincidencia*. Tras describir, que no fundamentar, la modificación del catálogo de agravantes específicas del hurto, también aplicables a los delitos de robo con fuerza en las cosas, señala el Preámbulo que se ofrece particular respuesta al grave problema que plantea el delito cometido en explotación agraria o ganadera con causación de perjuicios relevantes a sus titulares, en las que siendo difícil adoptar medidas eficaces de protección, esta circunstancia se aprovecha para la comisión de estos delitos, exigiendo agravaciones que permitan evitar la “sensación” de desprotección e inseguridad de quienes la sufren. Igual precisión se efectúa respecto de la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, o las conducciones o infraestructuras de hidrocarburos.

Finaliza el apartado 14 del Preámbulo mencionando la modificación de la definición del robo con fuerza para incluir cuando ésta es utilizada para abandonar el lugar con el botín, lo que se indica que es el problema habitual, así como la agravación por el modo de comisión o la gravedad de los daños causados, con regulación, igualmente como supuesto agravado, del robo con violencia cometido en establecimiento abierto al público.

3.4. Delito de hurto

En el Capítulo I del Título XIII del Código Penal, bajo la rúbrica de los hurtos, arts. 234 a 236, se incluyen conductas que son constitutivas tanto del hurto de cosa ajena (hurto común) o de cosa propia (*furtum possessionis*), presentando todas las figuras como característica común su tipificación como delitos de apoderamiento en tanto que construidos en torno al verbo *tomar* o *sustraer* una cosa mueble.

Así, el artículo 234 castiga, como delito menos grave, a “*el que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena*

de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.” Y como delito leve, “si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 €, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235”. Termina el precepto con la modalidad agravada del número tres, conforme al cual las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior “cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas.”

La estructura, como vemos, es la tradicional de un delito contra la propiedad consistente en tomar la cosa mueble ajena si la voluntad del dueño. Tras la supresión de las faltas por LO 1/15, cuando el valor de lo sustraído es inferior a 400 €, salvo que concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235, la sustracción será constitutiva de un delito leve.

Observamos también como novedades, la inclusión de una agravación en el número dos aplicable tanto al delito leve como al tipo básico de hurto para los supuestos en que en el hecho concurrieren las circunstancias del artículo siguiente, añadiéndose en el número tres la de que se hubieren eliminado o neutralizado dispositivos de seguridad.

El artículo 235 recoge las modalidades agravadas de hurto entre las que se incluyen aprovecharse de la situación de desamparo que padece la víctima, cometerse por organización delictiva, utilizar menores, la sustracción de cables si la conducta afecta a la conducción de suministro eléctrico, telecomunicaciones, conducciones o infraestructuras de hidrocarburos, o que se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.

En artículo 236 se tutela la posesión del legítimo poseedor de la cosa.

Igualmente la reforma de 2015 suprimió el hurto habitual que incluyó la reforma de 2003⁴⁹, en una decisión calificada como *drástica*⁵⁰ y como contrapartida incluye expresamente el tipo agravado de hurto por multirreincidencia del artículo 235.7 y su aplicación al margen de la cuantía sustraída, en la línea de la lucha contra la multirreincidencia de la criminalidad grave que ya establecía el Preámbulo de la Ley Orgánica, aunque con una tipificación que no deja de plasmar la creación un tipo de autor, el delincuente habitual.

3.4.1. Tipo básico

Observando la definición que del delito de hurto proporciona el artículo 234 se puede afirmar que la misma ha venido permaneciendo invariable desde 1848 hasta el texto refundido de 1973, con tan sólo el cambio de estructura, pues hasta el Código de 1995 el título comenzaba con los delitos de robo a los que seguía el delito de hurto,

-Bien jurídico protegido. - Cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de hurto es objeto, en la doctrina, de una importante polémica como indicábamos *ab initio*. Las posiciones fundamentales consisten en quienes entienden que lo que se tutela en primera instancia es la posesión y sólo de forma indirecta la propiedad, como Muñoz Conde, los que estiman que es la propiedad y sólo de forma indirecta la posesión, como Bajo Fernández y finalmente una tercera, que defiende que el bien jurídico protegido es el patrimonio.

-Acción típica. - La acción típica consiste en «tomar» las cosas muebles ajenas, lo que supone un desplazamiento físico de la cosa realizado mediante un comportamiento activo del sujeto para incorporarla a su patrimonio, lo que permite distinguir el delito de hurto de los de estafa o apropiación indebida. En palabras de Quintero Olivares, *se trata de la adquisición del poder sobre la cosa por parte del autor y pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera.*

⁴⁹ Que castigaba al que en el plazo de un año realizará cuatro veces la acción descrita en el apartado uno del artículo 623, rebajada a tres por LO 5/10.

⁵⁰ Sánchez Robert. Hurto, Furtum posessionis, robo y robo y hurto de vehículos a motor, usurpación. Estudios sobre el Código Penal reformado, Madrid 2015

-Objeto material. - El objeto material del delito de hurto está constituido por las cosas muebles ajenas, aunque no hay que dejar de recordar que en el ámbito de los delitos patrimoniales el concepto de cosa mueble tiene un significado autónomo y por tanto mucho más amplio que el que ofrece el Código Civil en algunos casos, y más estricto en otros, y así la doctrina mayoritaria estima que la cosa mueble se caracteriza por ser todo objeto susceptible de apoderamiento y transporte, esto es, *aprehensible, susceptible de ser trasladable, y con valor en el mercado* aunque sea una cosa extra commercium, pues como tiene indicado la jurisprudencia también éstas son ajenas, sin que haya que ceñir el concepto de cosas a la de lícito comercio pues también los objetos de comercio intervenido por una reglamentación legal que los excluya del comercio normal, como las drogas, pueden ser objeto de delito de hurto o de robo, aunque su tenedor lo sea ilegalmente⁵¹, aunque en contra de esta línea jurisprudencial hay autores que como Vives Antón, advierten que el ordenamiento jurídico no puede extender su protección a las relaciones de derechos sobre sustancias respecto de las que no puede sostenerse un derecho de propiedad por particulares, pues el derecho penal no puede proteger situaciones patrimoniales ilícitas.

La exigencia de que la cosa sea valiosa económicamente, esto es, que tenga un valor económico determinable por los precios de mercado, permite excluir todos aquellos objetos que carezcan de valor económico, aunque pudieran tener un valor afectivo, si bien, evidentemente, si las cosas tienen un valor espiritual, haciendo que el componente inmaterial es el que determina su valor, como ocurre con una obra artística, sí se considerara objeto material del delito de hurto.

A este respecto ha de ser citada la Consulta 2/2009 de la Fiscalía General del Estado, en particular sobre si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la LECr, debe excluirse el importe del IVA del valor total del precio de venta al público. Indicaba la Consulta que la Ley 15/2003 no explicaba las razones por las que además de reformar profundamente el Código Penal modificaba determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Siendo la frontera cuantitativa entre delito y falta de hurto (a tiempos de la Consulta, hoy delito y delito leve) la cantidad de 400 €, esta aparece directamente vinculada a los conceptos de cuantía o precio de lo sustraído y desde este punto de vista el párrafo segundo del artículo 365 de la L.E.Cr introducido en 2003, podía contribuir a mejorar el funcionamiento de la denominada *justicia rápida*, y a fin de unificar las diferencias interpretativas que pudiera existir al respecto se hizo necesario solicitar un pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado en este sentido.

Partiendo de la constitucionalidad del precepto, conforme al Auto del pleno del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2008, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Provincial de Sevilla⁵², la Consulta, tras aludir a los diferentes criterios interpretativos del artículo 365 de la LECr así como a la Directiva 98/6/CE, concluye que en la valoración de las mercancías a que se refiere el párrafo segundo del citado artículo, se interpretará la locución precio de venta al público como la cantidad que el 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 y los tributos o aranceles⁵³.

-Ajenidad de la cosa. - El art. 234 CP expresamente señala que las cosas muebles han de ser «ajenas», lo que significa que no puede ser propia del sujeto activo, aunque sea otro el que tenga la legítima posesión de la misma, ni puede ser objeto del delito de hurto la cosa mueble

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2012

⁵² Por entender que el precepto planteaba dudas de constitucionalidad tanto desde la perspectiva de la reserva de ley orgánica como en relación con los principios de interdicción de la arbitrariedad de seguridad jurídica y en relación a sí mismo con el principio de igualdad.

⁵³ Entre los que se incluyen el impuesto sobre el valor añadido, el impuesto general indirecto canario y el impuesto sobre la producción, los servicios y las importaciones por lo que hace a las ciudades de Ceuta y Melilla.

sin dueño, las cosas abandonadas por su dueño o las que nunca lo han tenido, así como las cosas comunes no susceptibles de apropiación individual, entendiendo la doctrina y la jurisprudencia que falta el requisito de la ajenidad en las citadas *res derelictae*, *res nullius* y *res communes omniun*.

Muy problemático resulta el requisito de la ajenidad de la cosa en los supuestos de copropiedad o condominio y es que si uno de los propietarios se apodera del total de la cosa común y el condominio está establecido en cuotas ideales no puede afirmarse la ajenidad de la cosa apropiada, no así si la propiedad está dividida en partes o cuotas entre los condóminos pues el hurto del exceso constituirá hurto de cosa ajena u otras figuras delictivas como la apropiación indebida.

-Ánimo de lucro. - Aparece como elemento definitorio del delito, diferente del dolo, consistente en la intención del sujeto de apoderarse de la cosa ajena⁵⁴. En la práctica no es fácil establecer la distinción entre el ánimo de lucro y el ánimo de apoderamiento, y es que existiendo varias concepciones en torno a cuál sea el concepto de ánimo de lucro⁵⁵ y entendido en líneas generales como la intención de obtener una ventaja patrimonial, como todo elemento anímico su diferencia con el dolo de apoderamiento será difícil de probar, razón por la que el Tribunal Supremo ha venido estimando tradicionalmente⁵⁶ que el ánimo de lucro se presume en todo apoderamiento doloso sobre una cosa ajena con valor económico apreciable. No obstante, lo anterior puede llevar a entender, como señala García Álvarez, que el citado ánimo se agota en la finalidad de desapoderar de la cosa al sujeto pasivo de forma definitiva. Y tampoco hay que confundir el ánimo de lucro con el efectivo enriquecimiento del sujeto activo, pues resulta indiferente que el sujeto finalmente obtenga el lucro perseguido.

-Exclusión de la voluntad de su dueño. - El art. 234 CP exige que el sujeto tome la cosa mueble ajena «sin la voluntad de su dueño». La doctrina mayoritaria considera que el consentimiento del dueño excluye la tipicidad de la conducta. Si el consentimiento es manifiestamente inválido, por ejemplo, por tratarse de un menor, se responderá por hurto, en cuanto que, no ha de olvidarse, el tipo incluye la expresión *sin la voluntad de su dueño, no contra la voluntad de su dueño*⁵⁷.

-Tipo subjetivo. - El delito de hurto es un delito eminentemente doloso, no estando prevista la figura imprudente. Rigen pues las reglas generales.

El dolo del sujeto debe abarcar tanto que se trate de una cosa mueble ajena y que se tome si la voluntad del dueño, como el ánimo de apropiación, por lo que resulta indispensable que el sujeto tenga capacidad para comprender el significado de su conducta y actúe de acuerdo a esa comprensión. Obviamente pueden darse supuestos de error sobre los distintos elementos del tipo, bien sobre la ajenidad de la cosa, dando lugar a la atipicidad del hecho, o sobre el valor de la cosa (creyendo que tiene un valor inferior a 400 €) entendiendo algunos autores que en este supuesto debe aplicarse el delito leve, siempre que la equivocación sea mínimamente razonable, e igualmente que debe aplicarse el tipo básico si el error incide sobre el especial valor de la cosa, no aplicándose por tanto el tipo cualificado del artículo 235.1.

-Causas de justificación. - Fluctúa la doctrina acerca de la aplicación del estado de necesidad como causa de justificación, en aquellos casos en los que el sujeto se encuentra en una grave situación económica, el caso del llamado hurto famélico. El Tribunal Supremo, acogiendo la tesis que apuntara Rodríguez Devesa, consideró⁵⁸ que cabía su apreciación cuando se tomarán

⁵⁴ García Arán. El delito de hurto. Valencia. 1988

⁵⁵ La primera, más estricta, que estima que el ánimo de lucro es la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial directa mediante la incorporación a su patrimonio de una cosa ajena. Y la más amplia, que entiende que el ánimo de lucro constituye cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho, incluso el meramente contemplativo o de ulterior beneficia.

⁵⁶ Auto de 20 de diciembre del año 2000 y sentencia de 10 de marzo del mismo año

⁵⁷ Lorenzo Morillas. Sistema de derecho penal. Parte especial. Segunda edición.

⁵⁸ Sentencia de 4 de junio de 2002.

los bienes para subvenir a las más primarias necesidades humanas, aunque como bien se indica por la llamada jurisprudencia menor, la cuestión a debate es determinar cuándo se han agotado todos los recursos, tanto personales como familiares, pues de aplicar este supuesto sin mayor investigación, se consagraría una impunidad de carácter permanente incompatible con la finalidad preventiva que al derecho penal le corresponde.

-Sujetos activo y pasivo. - En una primera aproximación sujeto activo puede ser cualquier persona, menos el propietario. El propietario que sustraе una cosa de su legítimo poseedor, ni lo hace sin la voluntad del dueño (que es él mismo), ni ésta es ajena. En cuanto al sujeto pasivo, es el dueño, el propietario de la cosa objeto de hurto.

Sin embargo, las afirmaciones antes recogidas no serán exactas si estimamos que el bien jurídico protegido no es exclusivamente la propiedad. No identificando el término de dueño con el de propietario y admitiendo la posesión como bien jurídico protegido, es posible afirmar que tanto el propietario de la cosa mueble como el poseedor no propietario pueden ser sujetos pasivos de hurto. Además, el Código penal regula dentro del capítulo de los hurtos el llamado *furtum possessionis* en el art. 236, cuyo sujeto activo puede ser evidentemente el dueño de la cosa.

Mención especial merece en este punto el tema de la participación. Autor es el que realiza al apoderamiento y participe el que colabora con él. El Tribunal Supremo⁵⁹ considera aplicable la teoría del acuerdo previo, estimando autores a todos los sujetos siempre que exista concierto de voluntades, sin atender a la efectiva participación de cada uno de ellos en la ejecución de los hechos. La cooperación, será necesaria o simple complicidad dependiendo de cuál sea la aportación al hecho del autor principal.

-Formas imperfectas. - El verbo rector del tipo de delito de hurto es tomar, que supone una conducta activa del sujeto consistente en el desplazamiento físico de la cosa con la finalidad de apropiársela incorporándola a su patrimonio.

En definitiva, la consumación exigirá que el sujeto haya tomado la cosa mueble ajena, lo que nos conduce a determinar a partir de qué momento puede decirse que se ha verificado. Se han mantenido diversas teorías al respecto⁶⁰ pero tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen manteniendo en forma uniforme que la consumación se produce cuando el sujeto tiene la disponibilidad de la cosa, aunque sea una disponibilidad mínima y meramente potencial, y así, tocar la cosa o trasladarla no producen, todavía, la consumación del hurto, pues esta precisará que el autor consiga disponer de la cosa, aunque sea por poco tiempo. El mantenimiento de esta teoría permitir que puedan existir formas imperfectas, esto es, la tentativa, que será acabada si hubo contacto e inacabada si no hubo contacto. Afectará a la responsabilidad civil, pero no a la consumación, el que el sujeto alcance o no los objetivos que eran pretendidos.

3.4.2.- Delito leve de hurto

Tras la LO 1/15 quedó suprimida la anterior falta de hurto del artículo 623.1, creándose el delito leve del hurto del nuevo artículo 234.2, que se castiga con multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 €, salvo que concurran algunas de las circunstancias del artículo 235. Quedan pues aumentadas las penas, de localización permanente o multa de uno a dos meses, a multa de uno a tres meses.

⁵⁹ En Sentencias de 3 de julio de 2012 o 29 de enero de 2014

⁶⁰ a) Teoría del contacto: la consumación se producirá con tocar la cosa. b) Teoría del traslado: exige el traslado de la cosa del lugar en el que se encontraba a otro distinto, esto es, tocar y desplazar la cosa. c) Teoría de la disponibilidad: la consumación existe a partir del momento en que la cosa salga de la esfera posesoria del sujeto pasivo. Exige, por tanto, una cierta disponibilidad sobre la cosa por parte del autor; basta una disponibilidad mínima, potencial, es decir, que exista algún poder del sujeto sobre la cosa. d) Teoría de la incorporación: exige para la consumación la plena disponibilidad de la cosa por parte del autor, es decir, que la cosa se encuentre a salvo, en lugar seguro. Por consiguiente, el autor aquí ya ha obtenido la total y efectiva incorporación de la cosa a su patrimonio.

La regla general será aplicar el delito leve de hurto cuando el valor de lo sustraído sea inferior a 400 €, valor de la cosa mueble ajena en el mercado, al margen de cuál sea al beneficio que puede haber obtenido el autor o un tercero, pero la LO 1/15 excluye del ámbito del delito leve de hurto aquellos casos en los que concurren algunas de las circunstancias del artículo 235, planteándose si cuando concurren éstas cualificaciones agravatorias, hemos de aplicar siempre el tipo básico o bien el tipo agravado del artículo 235.

Estima parte de la doctrina a este respecto que ello dependerá de la circunstancia agravante concreta del artículo 235 y así, en los casos en que este precepto no exija una especial gravedad en el hecho por la cuantía o el perjuicio ocasionado, deberá aplicarse directamente el tipo agravado, pero no en los restantes supuestos, en los que debe aplicarse el tipo básico, si bien es cierto que aun representando muchas de las circunstancias del artículo 235 un quebranto grave o una situación de desabastecimiento, lo que no parece concordar con hurtos de escasa cuantía, nada impide, en principio, que se estimen delitos menos graves aquellos hurtos en los que concurren las circunstancias del artículo 235 con independencia de que la cuantía no sea superior a 400 €⁶¹.

Ahora bien, deben realizarse unas precisiones y es que cuando el sujeto hubiera sido condenado por al menos tres delitos de los comprendidos en el título, de la misma naturaleza, hubiera utilizado menores, o los partícipes fueran miembros de una organización, debe aplicarse en todo caso el artículo 235, según parece desprenderse del Preámbulo de la propia Ley Orgánica cuando dispone que “*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 concurren circunstancias de agravación, en particular la Comisión reiterada de delitos contra la propiedad, solucionándose de este modo los problemas que planteaba la multirreincidencia*

Al respecto de la delincuencia habitual, que se analizará posteriormente, ha de mencionarse el número siete del artículo 235, que requiere para aplicarse que al enjuiciar la conducta hubieren recaído al menos tres condenas anteriores, bastando que se hayan dictado en una sola sentencia, lo que no puede afirmarse respecto de la condena previa por delito continuado integrado por tres o más acciones, pues una interpretación extensiva sería contraria al reo. La falta de matización del precepto indica que pueden ser tenidos en cuenta los antecedentes por hurto constitutivos de delito leve.

La transformación que supone la reforma en materia de las antiguas faltas de hurto ha sido duramente criticada⁶² y es que no ha de dejar de observarse que, pese al hipotético escaso valor económico del objeto de la infracción, si concurre alguna de las circunstancias del artículo 235 la pena queda elevada de multa a prisión de uno a tres años, o incluso, de concurrir dos o más circunstancias, la pena será impuesta en su mitad superior. Se estima que hubiera sido suficiente con elevar a delito menos grave las infracciones por valor inferior a 400 € en las que concurrieran alguna de las circunstancias compatibles con tan escasa cuantía económica. También, algunos autores⁶³ tras destacar algunas mejoras técnicas de la reforma, consideran que la opción legislativa materializada en 2015 es muy criticable, pues se limita a ahondar en una política criminal automática y de mayor represión penológica, pese a la exigua eficacia preventivo-especial que para los autores de este tipo de delitos presenta la legislación penal.

Por último, ha de destacarse que del artículo 234 desaparece su antiguo número dos, referido a la consideración como delito de las conductas de reiteración en la comisión de faltas de la misma naturaleza, pero el legislador, como ya hemos indicado, no ha olvidado la multirreinci-

⁶¹ Jaime Moreno Verdejo. Pedro Díaz Torrejón. Roberto Valverde Mejías. Régimen jurídico de los nuevos delitos leves. CEJ. Octubre 2015

⁶² Rodríguez Laínz. Diario la ley. Número 8524, Sección doctrina, 22 de abril de 2015

⁶³ Julio Sánchez Melgar. Código penal. Comentarios y jurisprudencia. 2016 cuarta edición. Página 1660

dencia, sino que, al contrario, ha introducido un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual.

3.4.3. Especial referencia a la neutralización, eliminación o inutilización de los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas.

El párrafo tercero del artículo 234, incluye una agravación específica tanto al tipo básico de hurto como al leve, cuando en la comisión del hecho se hubieran neutralizado, eliminado o inutilizado, por cualquier medio, los dispositivos de alarma o seguridad instalados en las cosas sustraídas. La pena correspondiente se impondrá en su mitad superior.

Esta circunstancia no se contenía en el Anteproyecto de reforma que se presentó en 2013 y tampoco en las anteriores propuestas, siendo introducido en trámite parlamentario como agravante sólo para el delito leve de hurto, aunque finalmente en el texto aprobado por el Pleno del Congreso la aplicación sería contemplada no sólo para el delito leve de hurto sino también para el tipo básico⁶⁴.

La agravación es distinta de las circunstancias que cualifican el delito de robo con fuerza en el número cinco del artículo 238, *inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda*, que, en tanto integrante del concepto de robo con fuerza en el delito de robo, ha de ser efectuada al acceder al lugar en que la cosa se halle o al abandonar el lugar. El párrafo tercero del 234 requiere que el dispositivo de seguridad esté instalado en la cosa sustraída y así será aplicable, por ejemplo, en los casos de sustracción inutilizando el dispositivo de alarma instalado en una prenda en un establecimiento comercial. Se crea así una fórmula intermedia entre el hurto y el robo con fuerza las cosas, sin necesidad de crear un nuevo tipo específico⁶⁵. Se justificó durante el debate parlamentario en la *mayor antijuricidad que supone la eliminación de los mecanismos de defensa empleados por el propietario del bien sustraído*.

Precisamente esa proximidad entre el robo con fuerza y el hurto, que ya había sido advertida por la doctrina, se ha visto incrementada tras la reforma de 2015 con la inclusión de ese número tres, llegando a situaciones que han sido descritas como *originales y dispares*⁶⁶, como la calificación por hurto de la sustracción de una cosa mueble a la que se le inutilizan sistemas de alarma cuya instalación va insertada la cosa (el ejemplo de la prenda antes citado), y de robo con fuerza en las cosas cuando la inutilización lo es de sistemas de alarma que se incorporan en el recipiente en el que se encuentra la cosa sustraída, con una diferencia de respuesta punitiva de enorme intensidad.

3.4.4. Tipos agravados

Tras la reforma de 2015, se recogen en el art. 235 unos tipos agravados de hurto, previéndose una pena de uno a tres años, aunque se ha introducido un número dos en el citado precepto que señala que *la pena se impondrá en su mitad superior cuando concurrieren dos o más de las circunstancias*.

Los tipos agravados han sufrido una importante transformación en la reforma de 2015 y, tal como señala el Preámbulo, son aplicables tanto a los delitos de hurto como a los de robo con fuerza en las cosas (respecto del tipo común y del cualificado del 241.4, con la única excepción del furtum possessionis del artículo 236). A este respecto, el Grupo de Trabajo creado por la FGE⁶⁷ con el fin de elaborar propuestas acerca de la derogación del Libro III del Código Penal ya resaltó en su informe de 23 de mayo de 2014 la conveniencia de que caso de concurrir las circunstancias del art. 235 (del Proyecto entonces en tramitación), en especial sustracción de

⁶⁴ Juana del Carpio Delgado. La regulación de los delitos de hurto tras la reforma de 2015 del código penal. Diario la ley número 86 42, noviembre de 2015.

⁶⁵ Navarro Blasco. Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales. Comentario la reforma penal de 2015. Pamplona. 2015

⁶⁶ González Rus. Obra citada

⁶⁷ Dirigido por el Fiscal Jefe de la SGT, Jaime Moreno Verdejo.

cableado o productos agrarios, profesionalidad u organización, el delito quedara agravado con independencia de la cuantía⁶⁸.

Y así, siendo importante la modificación ampliatoria, ha de elogiarse la reducción de la misma durante el debate parlamentario, en el que se eliminó del proyecto aprobado por el Congreso la circunstancia de porte de armas, que naturalmente no se muestran por el sujeto, pues si así lo hiciera estaríamos ante un robo con intimidación, y que por tanto su viabilidad jurídico penal era altamente dudosa pues ya el Tribunal Constitucional⁶⁹ declaró inconstitucional el artículo 509 del código penal, en cuanto se interpretara que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es precisamente la ejecución de tal delito. Por tanto, ha de resultar correcta la eliminación de la circunstancia agravatoria de porte de armas por cuanto no puede entenderse que este hecho tome en consideración la peligrosidad potencial de quien dé inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar, pues tal presunción es claramente inconstitucional por ser contraria al principio de presunción de inocencia.

En total son nueve las circunstancias configuradas de estos tipos agravados de hurto: “*1º. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. 2º. Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento. 3º. Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos. 4º. Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas. 5º. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración. 6º. Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito. 7º. 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. 8º. Cuando se utilice a menores de diecisésis años para la comisión del delito. 9º. Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza*”.

Proceden de la redacción anterior a la reforma de 2015, la primera circunstancia, la segunda (aunque eliminando la referencia a las cosas destinadas a un servicio público siempre que la sustracción originare un grave quebranto), la quinta (antigua tercera), la sexta (antigua cuarta, aunque sólo parcialmente, pues presenta una notable ampliación), y la octava (aunque en este caso la referencia lo es a los 16 años de edad). Las restantes, son de nueva incorporación.

En estas cualificaciones son aplicables las reglas generales respecto de la autoría y participación, aunque, respecto al dolo al menos en forma de dolo eventual, se hace necesario que el autor abarque también la citada cualificación agravatoria.

Su análisis detallado es el que sigue:

1º. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Coincide su redacción con el mismo numeral de la redacción anterior a 2015, por tanto, respecto de ella simplemente mencionar que su fundamento radica en el artículo 46 de la Constitución.

⁶⁸ Tras afirmar que la cuestión central era establecer qué conductas debían mantenerse en la esfera penal, más que proceder a un reetiquetado bajo el nombre de delito leve.

⁶⁹ Sentencia 105/88, de 8 de junio

Sobre si para su calificación debe utilizarse la normativa administrativa, la jurisprudencia de forma reiterada ha señalado que nos encontramos ante un elemento normativo que no requiere necesariamente una previa catalogación administrativa, bastando con que se trate de un bien inventariable o registrable, o declarado de interés cultural en los términos establecidos en la ley de patrimonio histórico español. A este respecto la doctrina⁷⁰ indica que nos encontramos ante elementos de libre valoración judicial y que, por tanto, no existen razones político-criminales para supeditar la apreciación de la agravante a una previa y vinculante declaración administrativa.

Respecto a la posibilidad de aplicar el delito leve de hurto cuando las cosas tengan el citado valor artístico, histórico, cultural o científico, pero su cuantía sea inferior a 400 €, hemos de contestar negativamente dado que la cualidad de la cosa viene determinada al margen de su cuantía, y el número dos del artículo 234 excluye esta opción, siendo de aplicación por tanto la circunstancia primera del número uno del artículo 235, aunque ello pudiera parecer en un principio desproporcionado.

2º. Cuando se trate de cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.

La redacción anterior a 2015 establecía como tipo agravado el que se tratare de cosas de primera necesidad o *destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasione un grave quebranto a este o una situación de desabastecimiento*. La reforma, como vemos, con la utilización de la conjunción y, exige de forma acumulativa que el objeto sea de primera necesidad, pero además se cause una situación de desabastecimiento.

Por cosas de primera necesidad han de entenderse las destinadas a satisfacer las necesidades básicas, aunque evidentemente todo dependerá de las circunstancias socioeconómicas que existan en el momento en que se efectúe la acción típica.

La propia redacción del número dos del artículo 234 parece excluir también la posibilidad de calificar como delito leve la sustracción de cosas de primera necesidad por un valor inferior a 400 €, aunque dado que la exigencia típica une a la calificación de la cosa la producción de una situación de desabastecimiento para poder aplicar el hurto agravado, ello va a posibilitar que en el caso de hurto de una cosa de primera necesidad (piénsese en un alimento básico de cuantía ínfima) pueda ser aplicado el delito leve de hurto.

Desaparece, como señalábamos, la referencia a la cosa destinada al servicio público, si la sustracción *ocasionare un quebranto grave*, y la razón, no es otra que su traslado parcial a la nueva circunstancia recogida con el número tres en el artículo 235.1.

3º. Cuando se trate de conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un quebranto grave a los mismos.

Esta nueva circunstancia, tiene su justificación, según el Preámbulo de la Ley Orgánica, en el *grave problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, considerándose también conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones, y conducciones o infraestructuras de hidrocarburos*. Problema ya detectado por la FGE, que en la Memoria de 2011 interesó su introducción como circunstancia de agravación.

Lo primero que ha de destacarse de esta circunstancia es su forma concreta de redacción, pues pareciendo inicialmente cláusula cerrada, sin embargo, la inclusión de la expresión “o de otras cosas destinadas a”, hubiera obviado la mención detallada que al cableado o a las tele-

⁷⁰ Faustino de Urquía. Modalidades agravadas del delito de hurto. CEJ. Marzo 2016

comunicaciones se efectúa. En todo caso, es necesario que se traten de cosas destinadas a servicios de interés general, dejando fuera de la circunstancia agravante la sustracción de estos efectos por ejemplo en un domicilio particular (piénsese en el cableado eléctrico de una vivienda), y es que según la doctrina y la jurisprudencia la alusión a servicios de interés general, que era fundada en que la cosa sustraída esté vinculada a un servicio de interés colectivo para los ciudadanos, planteó ya inicialmente su problema de diferenciación con el delito de desórdenes públicos, que fue resuelto conforme al principio de especialidad. Se trata pues de determinar si los sujetos actúan impulsados por una voluntad de lesionar la paz pública, lo que queda excluido en los tipos patrimoniales, que responden exclusivamente a miras lucrativas, como acertadamente señala el Tribunal Supremo⁷¹.

Igualmente, la sustracción ha de causar un grave quebranto, sin que ello signifique que el servicio de interés general que lo sufra quede suspendido.

Si el valor de lo sustraído fuera inferior a los 400 €, no parece aplicable el tipo básico que exige ese importe, estimándose por algunos autores que difícilmente podría ser aplicable el tipo agravado en esas mínimas cantías, aunque ello ha de objetarse que bien puede un objeto de valor económico ínfimo, causar la paralización de un servicio de interés general, lo que a todas luces ha de ser considerado como quebranto grave.

Esta nueva agravación, y al igual ocurre con la cuarta, atiende a la naturaleza del objeto sustraído y su incidencia en los intereses generales de la comunidad, trasladando, de forma detallada la locución *cosas destinadas a un servicio público* del antiguo número dos del artículo 235.

Debe concluirse que, en la misma línea de protección de las cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, el legislador ha modificado en el artículo 298 del Código Penal (*del delito de recepción*) incluyendo una modalidad agravada para estos mismos supuestos, lo que parece duplicar la protección, desincentivando tanto en la sustracción de estos bienes como su venta o tráfico ilícito.

4º. Cuando se trate de productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.

Esta circunstancia es totalmente novedosa. Según el Preámbulo, se trataba de “*dar respuesta al grave problema que plantean actualmente los delitos cometidos en explotaciones agrarias o ganaderas con causación de perjuicios relevantes a sus titulares; se trata de infracciones cometidas en las que difícilmente es posible adoptar medidas eficaces de protección, circunstancia que es aprovechado para la comisión de estos delitos, y que conlleva la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, muy superior al que corresponde a la mera valoración de los productos sustraídos, y son causa de una grave sensación de desprotección e inseguridad para quienes la sufren*”.

Destaca pues (además de una redacción farragosa y repetitiva), la atribución a un principio abstracto como la *sensación de protección e inseguridad*, la de carácter de principio fundamentalizador de la tipificación, lo que ha de ser duramente criticado por contrariar los cimientos del derecho penal, amén de que *esta sensación* podría ser también predicable de sustracciones efectuadas en otros muchos ámbitos de la actividad empresarial.

La nueva circunstancia agravatoria exige en todo caso que se trate de productos agrarios o ganaderos o de los instrumentos o medios que se utilizan para obtenerla, no cualesquiera que se encuentren en la citada explotación. Requiere también que el delito se cometa en la misma, y no por tanto durante un traslado, y como último elemento, la necesidad de causar un perjuicio grave a las mismas.

⁷¹ Sentencias de 20 de noviembre de 1991 y 2 de octubre de 1992

Esta circunstancia de causar perjuicio grave, bien podría no haberse formulado pues la especial gravedad, o los perjuicios de especial consideración, eran ya circunstancia de agravación, como lo continúan siendo en la actualidad. Doctrinalmente se ha estimado que el perjuicio grave causado debe entenderse al margen del valor de los objetos sustraídos, de la pérdida de instrumentos o los destrozos que puedan causarse en la explotación, máxime si seguimos la literalidad del Preámbulo, cuando afirma que *estos delitos conllevan la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, muy superior al que corresponde a la mera valoración de los productos sustraídos.* De ello se deduce que el perjuicio grave implica, al margen del valor de lo sustraído, que la pérdida de instrumentos o los destrozos que se causen en la explotación acarree un posible quebranto de su continuidad o una dificultad importante a la hora de desarrollar el trabajo propio que requiere la misma, lo que además puede dificultar la aplicación de esta circunstancia agravante cuando la cuantía fuese inferior a cuatrocientos euros.

5º.-Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.

Tratándose de redacción idéntica a la antigua cualificación número tres, continúa haciendo referencia de forma alternativa a dos conceptos altamente imprecisos, como son el de especial gravedad y la especial consideración.

La jurisprudencia, respecto a la primera, especial gravedad, ha venido situando la cuantía en cantidades que oscilaban entre los 6000€ y los 36.000 €⁷², si bien es cierto que debiera acudirse más que a cuantías concreta a la valoración social de lo que en cada momento se considere como gran valor sin tener en cuenta por tanto la situación personal del perjudicado que precisamente es lo que ha de ser tenido en consideración en el segundo concepto, perjuicios de especial consideración. La doctrina⁷³ estima que se ha perdido la oportunidad con esta reforma de incorporar algún referente objetivo que marcará (como sí se ha hecho por ejemplo con la estafa), el límite de que ha de considerarse como de especial gravedad.

Lógicamente, la agravación de la especial gravedad excluye la posibilidad de una cuantía inferior a los 400 €, por lo que no es posible plantear ni siquiera a nivel teórico la calificación como delito leve de hurto, no así respecto del segundo inciso (perjuicios de especial consideración) que, al tener en cuenta el quebranto causado por la pérdida concreta a la víctima, posibilita una cuantía inferior a los 400 €.

6º.- Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

En la redacción anterior a 2015 se recogía tan sólo poner a la víctima o a su familia en grave situación económica o cometer el hurto abusando de las circunstancias personales de aquella. La LO 1/15 amplía la cualificación agravatoria incluyendo ahora hasta tres supuestos diferentes: la primera, poner a la víctima o a su familia en una grave situación económica. La segunda realizar el hecho abusando de sus circunstancias personales o de su situación de desamparo. La tercera, realizarlo aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

Respecto al primero, exige determinar la grave situación económica en que quedan la víctima o su familia, atendiendo a sus circunstancias personales concretas.

⁷² Entre otras, sentencias de 27 de enero de 2004 del Tribunal Supremo o de 6 de febrero de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid

⁷³ Navarro Blasco. Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales. Comentario a la reforma penal de 2015.

El segundo supuesto requiere conocer la relación entre el sujeto activo y pasivo del delito de forma tal que el primero, en una situación de superioridad (aunque no equiparable en sus exigencias a las que determinarían la aplicación de la agravante de abuso de superioridad) que debe ser abarcada por el dolo, se aproveche de la situación de desamparo de la víctima precisamente en base al conocimiento que de la misma tiene.

El tercer supuesto, totalmente novedoso hasta ahora, recoge el aprovechamiento del sujeto activo de la producción de un accidente o de la existencia de un riesgo o peligro para la comunidad, con dos submodalidades, que lo anterior suponga la disminución de la defensa del ofendido o la facilitación de la impunidad del delito. Sin duda se ha pretendido por el legislador una labor encomiable, pero quizás no apropiada para efectuarla en el ámbito del derecho penal, y es dotar de relevancia, aunque en este caso sólo penológica, unos supuestos especialmente execrables., Y ellos sin olvidar que además se introducen términos como la *comisión impune del delito*, olvidando que la punibilidad es un elemento más del concepto del delito.

El tipo agravado será aplicable aun cuando la cuantía fuese inferior a los 400 €.

7.º 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.

Esta circunstancia constituye una de las grandes novedades en la regulación que del delito de hurto efectúa la reforma de 2015. Como analizamos anteriormente, en 2003 y 2010, se realizaron sendos intentos, fracasados, de regular la llamada delincuencia patrimonial habitual. Ya el Preámbulo reflejaba la inquietud del legislador de solucionar los problemas que planteaba la multireincidencia en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

El tipo agravado, que hace referencia a delitos de la misma naturaleza, ha de interpretarse de forma restrictiva (delitos de apoderamiento), y no distingue entre delitos y delitos leves, siendo ello considerado por algún sector doctrinal⁷⁴ como una *hiperagravación completamente desproporcionada* en los casos en que el sujeto haya sido condenado en sentencia ejecutoria con anterioridad por tres delitos leves de hurto, lo cual permitiría imponer una pena de prisión de uno a tres años.

Esta agravación específica, que recoge la multireincidencia, ha de ser puesta en relación con la agravante genérica del artículo 22.8 (*hay reincidencia cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código siempre que sean de la misma naturaleza*) y así se observa⁷⁵ que si la reincidencia simple, agravante genérica, no se computará si la condena se ha producido por hurto menor de 400 €, a partir de la tercera condena por un delito leve de hurto se producirá la agravación del artículo 235, lo que supone que además las condenas por delitos leves debieran remitirse al Registro General de Penados y Rebeldes a estos efectos. Por otro lado, se exige condena ejecutoria por un delito del mismo título, siempre que sea de la misma naturaleza, lo que sólo es predictable de los que tengan la misma dinámica comisiva, encontrándose aquí con una cierta contradicción en la jurisprudencia, aunque la más reciente llegue a estimar que no cabe hablar de homogeneidad entre hurto y robo con fuerza.

8º. Cuando se utilice a menores de dieciséis años para la comisión del delito.

Tras la introducción en 2010 como modalidad agravada del delito de hurto de la utilización de menores de 14 años para la comisión del delito, en 2015 se eleva esa edad a los 16 años.

La agravación por la utilización de menores de 14 años traía su origen en la utilización como autor material de un menor inimputable y por tanto irresponsable penalmente, sin que se al-

⁷⁴ Benítez Ortúzar. Obra citada

⁷⁵ Faustino de Urquía. Novedades legislativas en materia de hurto. CEJ. 2016.

cance a comprender cuál sea la causa de elevación de la edad a 16 años, lo que ha sido calificado por algunos autores como Navarro Blasco⁷⁶ como caprichoso, y quizás solo producto del contagio de la elevación de la edad penal a otros ámbitos⁷⁷.

La agravación es independiente de la cuantía del valor de lo sustraído y no operará, lógicamente, cuando el menor de 16 años y el mayor de edad actuasen concertados en virtud de un acuerdo de voluntades libremente aceptado.

9º. Cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza.

Esta modalidad agravada, también novedosa, exige en primer lugar ser miembro de una organización o de un grupo criminal, lo que ha de ser entendido de conformidad con los artículos 570 bis y 570 ter del Código Penal. En segundo lugar, debe dedicarse a la comisión de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

Los numerosos problemas concursales que con los preceptos citados se pueden plantear, derivó en su calificación, durante la tramitación parlamentaria, como *reforma innecesaria y perturbadora*, aunque algunos autores entendieron que dado lo preocupante de este fenómeno en la sociedad, era correcto pretender atajarla con una respuesta más enérgica⁷⁸, aunque no deja de resultar curioso que la previsión de tratarse de miembro de organización o grupo criminal estuviese inicialmente incorporada en el artículo 235 bis del proyecto y finalmente se omitiera su inclusión en el texto aprobado por el pleno del Congreso, quizás fruto de esa polémica, siendo necesaria la enmienda del grupo parlamentario popular en el Senado, (la número 978), para la introducción de esta circunstancia agravatoria (entonces las 10, pues la nueve era el porte de armas que finalmente desapareció), fundada en el hecho que se cita como *incuestionable de la enorme preocupación por la comisión de delitos de hurtos y robos que tiene lugar por miembros de organizaciones y grupos constituidos exclusivamente para este fin lo que, se dice, exige acometer este hecho criminal con la suficiente contundencia e incluir el supuesto como una agravante específica más en el catálogo de las previstas en el artículo 235*.

Pues bien, el art. 570 bis señala que “*a los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”. Se prevé la imposición de la mitad superior “*si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos*”. Del tenor literal de esta modalidad agravada se concluye que el tipo básico viene referido a la comisión de cualesquiera otros tipos de delitos, por tanto, también los patrimoniales y del orden socioeconómico, por lo que evidentemente la inclusión de esta circunstancia novena devendría innecesaria.

Dicha conclusión se ve reafirmada con el contenido del artículo 570 ter, conforme al cual a los efectos de este Código “*se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*”.

Como se concluye de la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014⁷⁹, la organización y el grupo criminal requieren en todo caso la presencia de más de dos personas con la finalidad de cometer delitos y además, en el caso de la organización, el carácter estable en su constitución o funcionamiento, lo que provoca la primera dificultad, que no es otra que distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelincuencia, por la que ha de enten-

⁷⁶ Reforma de los delitos de hurto, robo y otros delitos patrimoniales. Comentario la reforma penal de 2015.

⁷⁷ Como el consentimiento en el plano sexual de los 13 a 16 años.

⁷⁸ Sánchez Melgar. Código Penal. Comentarios y jurisprudencia. Cuarta edición. 2016.

⁷⁹ Remitiéndose a la Sentencia 371/2014

derse, interpretando el Código Penal en relación con la Convención de Palermo⁸⁰, y así, la co-delincuencia se apreciará en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieren formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 2015 vuelve a incidir en esta diferencia, llegando a afirmar que *cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de co-delincuencia en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización, y así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial afirmando que no puede conceptualizarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito*, de ahí que algunos autores⁸¹ propongan una definición de grupo criminal que se base no sólo en el elemento de carácter subjetivo (finalidad de cometer varios delitos en vez de uno) sino también en la presencia de requisitos objetivos para caracterizar al grupo y permitir no sólo su delimitación de la organización criminal sino también de la code-lincuencia, y en este sentido se propugnan los de cierta estabilidad, estructura básica, diversas funciones, aunque no exista reparto nítido de roles y, en suma, lo que se llamaría estructuras criminales de grado inferior.

Visto lo anterior, y entendiendo que en los artículos 570 bis y 570 ter se castiga la participación en una organización o grupo criminal, mientras que en el artículo 235.1.9 se castiga la ejecución del hecho delictivo por parte de personas integradas en organizaciones o grupos criminales, a priori, y por el principio de especialidad, la aplicación del artículo 235.1.9 excluye la de los artí-culos 570 bis y ter, para evitar la vulneración del principio non bis in ídem.

A este respecto ha de ser citada la Circular 2/2011, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por L.O 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, que destaca ya desde su inicio la idoneidad de la reforma con el fin de articular un instrumento normativo que permita combatir adecuadamente todas las formas de criminalidad organizada, además de responder a los compromisos derivados de instrumentos internacio-nales asumidos por los estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la delincuen-cia organizada transfronteriza.

Recoge la Circular un Capítulo dedicado a los problemas concursales derivados de la tipifica-ción autónoma de los delitos de organización y grupo criminal, y por lo que hace a los ilícitos penales cometidos por la organización o grupo criminal, señala que *no plantea dificultades el correspondiente concurso de delitos, cuando en la tipificación de tales infracciones no se haya previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, habida cuenta que los tipos de organización y grupo criminal son autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, en tanto que sancionan el hecho de la articulación de una organización o grupo con fines delictivos, sin abarcar los delitos que se cometan ulteriormente por los integrantes de dichos colectivos*. En definitiva, se apreciará un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los artículos 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de una organización o grupo criminal o a través de las mismas, salvo determinados su-puestos en los que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal, cual es el caso de los delitos de hurto y robo con fuerza, supuesto en que la responsabilidad del sujeto activo por esos concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva, han de sujetarse a las reglas generales de autoría y participación del concreto hecho delictivo cometido.

Al momento de la creación de estos delitos (organización y grupo criminal) no existía un pre-cepto de tenor similar al artículo 235.1.9, aunque sí respecto a otros tipos delictivos como la

⁸⁰ Que constituye derecho vigente en nuestro país desde su ratificación mediante instrumento de 21 de febrero de 2002, tras firmar en Palermo el 13 de diciembre de 2000, de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trans-nacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

⁸¹ Cristina Méndez Rodríguez. Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis ju-risprudencial. Universidad de Salamanca (en proyecto de la Comisión europea).

trata de seres humanos o los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, por citar sólo un par de ejemplos. La Circular señala, manteniendo el mismo criterio de la Circular 1/2002 sobre aspectos civiles, penales y contencioso administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería, que existiendo un subtipo agravado por la pertenencia a organización o grupo criminal, se produce un concurso de normas con las de los artículos 570 bis y ter, en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia, de modo que castigar el comportamiento de forma autónoma por la vía de estos artículos en concurso de delitos como subtipo agravado específico vulneraría, como ya anticipamos aunque sólo en base a criterios doctrinales, el principio non bis in ídem.

Sin embargo de lo anterior se introduce por la Circular la conclusión de que si con base a los criterios antes expuestos puede resultar que la acción del dirigente de una organización criminal que además participa en la perpetración de un delito tiene prevista menor pena que la del dirigente que no interviene en la comisión del delito concreto, la referencia del artículo 570 quater al artículo 8 regla cuarta⁸², hace prevalecer la regla que contiene, por decisión del legislador, precisamente porque el mayor desvalor del hecho debe determinar la aplicación de las penas más graves para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales. Por ello la solución de optar por la norma especial, es decir el tipo agravado, compadeciendo mal con la reforma de 2010, debe conllevar la aplicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quater, conforme al criterio de alternatividad, de un concurso de delitos entre el artículo 570 bis (y el ter en su caso), y el tipo correspondiente del delito específicamente cometido con todas sus circunstancias, si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que se prevé para el subtipo agravado.

3.5. Referencia al *furtum possessionis* o hurto de cosa propia

Castiga el artículo 236.1 del código penal, con multa de tres a 12 meses, a “el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero”

Esta modalidad delictiva, en su día incluida entre los delitos de estafa, está ciertamente más cercana al hurto que a las defraudaciones por cuanto supone una sustracción de cosa mueble. A este respecto ha de indicarse la muy gráfica sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1985 donde se señala que la acción no era una estafa porque el perjuicio no se causa mediante un engaño, sino por la sustracción de una cosa mueble, pero tampoco es un hurto, ya que no ataca la propiedad pues el sujeto activo es el propietario, sino la posesión legítima, y requiere perjuicio del poseedor o del tercero, lo que resulta ausente en los delitos de apoderamiento y sólo desde esta perspectiva puede hablarse de ataque al patrimonio.

En relación a ello hay que señalar que el art. 236 CP recoge lo que se denomina *furtum possessionis*, constituyendo sus características diferenciales del hurto común en que, en este hurto de cosa propia, el sujeto activo tiene que ser el dueño de la cosa o actuar con su consentimiento, mientras que el hurto común exige que se trate de cosas ajenas y que sean tomadas sin la voluntad de su dueño. El tipo exige necesariamente que la titularidad de la propiedad y de la posesión recaiga en sujetos distintos y que la posesión sea legítima, lo que constituye un elemento normativo, exigiendo el tipo la producción de un perjuicio en ese legítimo ejercicio de la posesión, lo que lo convierte en un delito de resultado.

Las circunstancias agravatorias del delito de hurto, del robo con fuerza, del artículo 235, no rigen en el hurto de cosa propia.

⁸² “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este código será de aplicación lo dispuesto en la regla cuarta del artículo ocho”. Y según el art. 8.4: Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 4.º En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Conforme al art. 236.2 CP se castiga como delito leve “*si el valor de la cosa sustraída no excediera de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses*”, por tanto, aunque no se indique expresamente en el apartado primero el valor de la cosa en el delito de hurto de posesión ha de ser superior a 400 €. Siendo esta la única modificación introducida por la reforma de 2015, que se limita a crear un número dos en el artículo 236, trasladando el contenido del antiguo número dos del artículo 623.

3.6. Delito de robo

El Código penal distingue entre el delito de hurto como figura básica de los delitos de apoderamiento de cosa ajena, y el delito de robo, que concurre cuando el apoderamiento se realiza utilizando determinados medios comisivos: violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, aunque, en todo caso, tanto la fuerza como la violencia o intimidación empleadas deben ser utilizadas para lograr, facilitar o asegurar el apoderamiento de la cosa sustraída⁸³.

Compartiendo con el delito de hurto su estructura típica debe afirmarse del delito de robo que es un delito de apoderamiento, que exige como elemento subjetivo el ánimo de lucro, el ánimo de apoderamiento de la cosa mueble ajena, que el objeto material del delito es la cosa mueble ajena, el bien jurídico protegido la propiedad y como último elemento la ausencia del consentimiento del dueño. La diferencia, por tanto, la indicada, la dinámica comisiva específica propia de los robos, para los que además no se prevé la figura del delito leve por lo que dándose la misma, el hecho será calificado siempre como delito por mínimo que sea el valor económico de lo sustraído.

En este sentido, el art. 237 CP define el robo señalando que “*son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren*”, observándose ya la primera gran modificación que introduce la reforma de 2015 y es la inclusión no sólo de la fuerza para acceder a las cosas sino también para abandonarlas, concretándose respecto del uso de la violencia o intimidación que ella podrá ser ejercida tanto al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o le persiguieren

Ambas modalidades de robo, con violencia e intimidación en las personas o fuerza en las cosas tienen como elementos básicos comunes el objeto material, la ajenidad de la cosa y el ánimo de lucro, respecto de los que ha de reproducirse lo expuesto en el delito de hurto.

3.6.1. Robo con fuerza

-Tipo básico.

En el art. 237 del Código penal al tiempo que se denomina robo al realizado con violencia o intimidación en las personas, también llama robo al apoderamiento de cosas muebles ajenas mediante fuerza en las cosas para acceder al lugar donde se encuentran las cosas sustraídas o que se pretenden sustraer, o para abandonar el lugar donde estas se encuentran, acción ésta que como indicábamos supone una innovación introducida por la reforma de 2015.

Tradicionalmente el delito de robo con fuerza venía limitado a aquellos casos en que la fuerza se utilizaba para acceder a la cosa, aspecto modificado por la reciente reforma legislativa, según el Preámbulo motivado porque *el problema habitual se planteaba en los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar*.

⁸³ González Rus. Curso de derecho penal español. Parte especial. Tomo uno. Madrid 1996

Se produce así una ruptura con la concepción pacífica del delito de robo con fuerza como aquél en que la fuerza típica es empleada para acceder a la cosa, y es que como venía indicando el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias⁸⁴, *la circunstancia concurrente en todas las modalidades de la fuerza típica son su empleo previo a la sustracción y su utilización para acceder a la cosa... pues lo relevante es que la fuerza tenga un sentido instrumental, es decir, fuerza que sirve para acceder a la cosa.*

Por tanto, tras la reforma, la fuerza típica de ser utilizada tanto en el sentido instrumental antes indicado, de vencimiento de la barrera de defensa establecida por el propietario, como en el nuevo de abandonar, es decir, una vez tomada la posesión de la cosa y antes de tener su plena disponibilidad, se emplea la fuerza sobre las cosas para abandonar el lugar donde ésta se encuentra. Quedarían así fuera del tipo de robo con fuerza en las cosas la que se ejerce sobre la propia cosa, y en este sentido el contenido del número tres del artículo 234, también novedoso, parece venir a confirmarlo, pues cuando los dispositivos de alarma que se eliminan se encuentran en un recipiente en el que está el objeto, el tipo aplicable será el del robo con fuerza.

La doctrina ha entendido que esta nueva modalidad va amparar todos aquellos casos en los que el sujeto ha accedido a la cosa sin emplear fuerza típica pero posteriormente, en todo caso antes de la consumación y por tanto de la disponibilidad del efecto sustraído, la utiliza⁸⁵.

Se plantean así interesantes cuestiones en torno a la calificación jurídica del hecho⁸⁶. La primera, la que se produce cuando el sujeto accede al lugar en el que se encuentra la cosa y, sin llegar a tomarla materialmente, emplea alguna de las formas de fuerza de las contempladas en el artículo 238 para salir del mismo. La calificación bien podría ser la de tentativa de hurto o tentativa de robo con fuerza, con importantes consecuencias prácticas en la reacción punitiva. No siendo fácil ni pacífica la respuesta, ha de entenderse que la opción debe ser la calificación como tentativa de hurto pues si en la redacción anterior era clara la necesidad de exigir que el dolo del sujeto abarcara la modalidad comisiva típica, difícilmente se puede afirmar que ello se produzca cuando se accede al lugar sin emplear fuerza típica y por diversas circunstancias, sin aprehender la cosa, al salir, utiliza fuerza típica.

Podemos también plantearnos qué ocurre cuando el sujeto accede, sin utilizar fuerza, al lugar en el que se encuentra la cosa, la aprehende con las manos y antes de salir dispone de ella, debiendo utilizar la fuerza para poder salir del lugar. En este supuesto, parece que la opción más clara es la calificación como delito de hurto puesto que el delito contra la propiedad se consuma con la disposición y en el acceso a la cosa no ha mediado fuerza. La situación contraria, acceso sin fuerza, posesión y empleo de fuerza típica antes de la plena disponibilidad, en consonancia con el criterio anterior ha de ser calificado como delito de robo con fuerza. La conclusión parece evidente, la utilización del verbo abandonar va a implicar un momento en el que el delito aún se está realizando o bien cuando tomada la posesión de la cosa, pero sin su plena disponibilidad, se emplea la fuerza en la huida.

La pena prevista, para este tipo básico, es la de prisión de uno a tres años, es decir la misma que para los tipos agravados de hurto del artículo 235.

-Concepto de fuerza en las cosas. - No todo tipo de fuerza da lugar al robo, ya que el Código Penal, como es sabido, establece una regulación típica de dicha fuerza, de manera que sólo cuando la empleada es la típica, no fuerza en sentido usual o natural, podrá hablarse de delito de robo.

A estos efectos el art. 238 CP señala que “son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1. Escalamiento. 2. Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. 3. Fractura de

⁸⁴ Por todas, la de 15 de abril de 1999.

⁸⁵ Navarro Blasco. Reforma de los delitos de hurto robo y otros delitos patrimoniales. Comentarios a la reforma penal de 2015.

⁸⁶ Lorenzo Morillas. Opus citae. Página 444

armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. 4. Uso de llaves falsas. 5. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda”.

Este precepto no ha sido afectado por la reforma de 2015 por lo que tan sólo se efectuara una breve alusión a los diferentes medios comisivos que han de ser considerados como fuerza típica:

1º.- Escalamiento. - A diferencia de todas las legislaciones anteriores, a excepción del Código de 1845, el Código Penal vigente no define qué debe entenderse por escalamiento, aunque tradicionalmente la jurisprudencia ha venido por tal cuando *la entrada se efectúa por un lugar no destinado al efecto, siempre que ello exija alguna destreza o un esfuerzo de alguna importancia⁸⁷... en tanto que ello exterioriza una energía criminal equiparable a la que caracteriza la fuerza en las cosas, es decir que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predisuestos para la defensa de la propiedad⁸⁸.*

2º.- Fractura. - Presenta dos modalidades, la llamada fractura exterior, contemplada en el apartado 2º del art. 238 CP –“rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana”- y la llamada fractura interior contemplada en el apartado 3º del art. 238 CP –“fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves, para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo”.

La fractura exterior, tradicional en la codificación penal española, implica romper los elementos estructurales que delimitan el espacio cerrado en el cual se encuentra la cosa, lo que supone excluir toda fractura ajena a esa finalidad. A su vez, queda limitada al rompimiento de pared, techo o suelo y a la fractura de puerta o ventana. En ambos casos se requiere la utilización de fuerza física, aún débil. La cosa debe estar en un lugar cerrado, aunque no debe ser necesariamente un inmueble. Y como ya se indicaba, tras la entrada en vigor de la L.O 1/15 también habrá que calificar el hecho como delito de robo con fuerza, cuando el rompimiento o fractura se utiliza para salir del lugar en el que se ha llevado a cabo el apoderamiento.

La fractura interior, mantenida prácticamente con la misma formulación desde 1870, se describe porque la fuerza no incide la protección exterior del lugar donde se encuentra la cosa sino sobre el continente concreto cuya fractura es necesaria para el apoderamiento, pues la dicción del código es “*para sustraer su contenido*”. Las cerraduras han de ser violentadas y las claves, de cualquier naturaleza, pueden ser conocidas por el sujeto activo del delito al momento del hecho o con anterioridad, pero en todo caso deben ser utilizadas para abrir el objeto. Resulta indiferente que la fractura sea en el lugar del robo o fuera del mismo, lo que ha sido criticado por la doctrina por la conversión de hurto a robo que ello puede implicar⁸⁹. Por último, dentro de esta modalidad de fractura interior se recoger la de objetos sellados, que ya fuera criticada por Carrara pues los sellos son garantía de integridad, pero no elementos de defensa puestos por el propietario para impedir el acceso a la cosa.

3º.- Uso de llaves falsas. - El concepto de llaves falsas lo proporciona el artículo 239, del siguiente tenor: “*se considerarán llaves falsas: 1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos. 2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. 3. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.*

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar”.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2000.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1999.

⁸⁹ Así, Quintero Olivares

Del texto anterior se deduce que a los efectos del delito de robo *la llave puede ser de cualquier material y utilizarse cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura*⁹⁰, bastando. Con que sea utilizada para acceder al lugar en el que se halle la cosa mueble sustraída o para abandonar el citado lugar.

Ganzúas serán por tanto todo alambre o artilugio metálico que moldeado sirva para abrir una cerradura, aunque siendo la redacción tan laxa, se permite incluir todo elemento que abra la cosa a sustraer sin fracturar.

Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal implica, de un lado, considerar como llave falsa la auténtica pero perdida por su propietario, y de otro, la legítima que sea obtenida por un medio constitutivo de infracción penal, entendiendo por tal, según la jurisprudencia, los casos de robo, hurto o cualquier acción engañosa entre lo que se incluye la estafa y la apropiación indebida, de lo que se debe concluir que en el supuesto en que las llaves hayan sido entregadas por su legítimo propietario de forma voluntaria pero el receptor hace un uso distinto de aquel para el que se le entregó, existirá un delito de hurto con agravante de abuso de confianza, en su caso, pero no un delito de robo con fuerza pues el acceso a las llaves no ha sido constitutivo de delito⁹¹.

La referencia a cualesquier otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo, opera como cláusula de cierre tratando así de comprender todas las posibilidades actuales o futuras de utilización de instrumentos a modo de llaves, con violencia de la cerradura, interpretado ello en el sentido de abrirla contra la voluntad de quien tiene el poder de disposición sobre la cerradura sea o no el propietario de la misma o de los objetos protegidos por ella⁹².

El último inciso del artículo 239 extiende el concepto de llave a las técnicas modernas de apertura, lo que ya venía siendo reclamado doctrinalmente y que en la reforma de 2010 derivó en la inclusión de la expresión “*cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar*”.

4º.- Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. - Mediante esta modalidad de fuerza típica se abarcan aquellos supuestos en los que la cosa ha sido protegida de forma específica con ciertos sistemas de alarma o guarda, exigiendo el Código la inutilización de estos sistemas, que pueden ser mecánicos, electrónicos, o de cualquier otra índole apta para la guarda.

El Preámbulo de la L.O 1/15 menciona expresamente, como ya se indicó, la causa de la modificación de la definición de robo con fuerza incluyendo la utilizada para abandonar el lugar, por el problema, se mencionaba expresamente, *de la desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar*. Tal desactivación implica el dejar inoperante tanto por destrucción total como por imposibilidad de funcionamiento temporal. Lógicamente quedan excluidos los descubrimientos de claves (por imperativo del número tres del artículo 238) y los supuestos de inutilización de dispositivo de alarma instalado en la propia cosa (subsumible en el artículo 234.3).

En este sentido la Consulta 13/1997, de 14 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado⁹³ señaló que el entonces novedoso concepto de inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda, no podía ser entendido de forma desvinculada a la descripción que del delito de robo con fuerza hacía el artículo 237, y que por tanto la misma sólo adquiría relevancia típica cuando

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1996

⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2005

⁹² Tal como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de mayo de 2015

⁹³ Sobre el alcance atribuible al número cinco del artículo 238 del código penal, en relación con el renovado concepto del delito de robo con fuerza en las cosas, y que hace referencia a la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda tras el Código Penal de 1995.

su carácter medial pudiera ser afirmado, es decir, que no toda inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda colma la exigencia típica del delito de robo con fuerza las cosas sino sólo aquella que se oriente al lograr el acceso (actualmente también el abandono) al lugar en el que los objetos se encuentran.

Por último, señalar que debe quedar excluida la consideración de los animales como sistema de guarda de la cosa, aunque no es una opinión doctrinal unánime⁹⁴.

-Tipo agravado.

El artículo 240.2 del código penal establece que “se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235”.

La reforma de 2015 efectúa una nueva sistematización de las modalidades de robo con fuerza las cosas, y así, encontramos las circunstancias agravatorias previstas para los hurtos en el artículo 235, y las que cualifican el robo con fuerza en las cosas consistentes en que el hecho se realice en casa habitada o en edificio o local abierto al público contempladas en el artículo 241. En el primer supuesto la pena queda elevada de uno a tres años a de dos a cinco, y en el segundo, puede llegar a alcanzar la de dos a seis años por aplicación del número cuatro del artículo 241, que establece dicha pena si el robo cometido en casa habitada, edificio o local abierto al público, revistiera especial gravedad y, en todo caso cuando concorra alguna de las circunstancias del artículo 235.

Respecto a los supuestos concretos del artículo 235 hemos de remitirnos a lo expuesto en materia de tipos agravados del delito de hurto.

-Tipo cualificado. - Robo en casa habitada o local abierto al público.

Este tipo cualificado se recoge en el artículo 241, al que la reforma de 2015 ha proporcionado una nueva redacción, diferenciando por una parte el cometido en casa habitada del materializado en edificio o local abierto al público, distinguiendo en este segundo caso, si los hechos se hubieran cometido en horas de apertura o fuera de ellas. Asimismo, contempla en el número cuatro, pena superior, ya indicada (de dos a seis años, en determinados supuestos y en todo caso cuando concurren las circunstancias del artículo 235).

Conforme al art. 241.1 CP: “1. El robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias, se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años. Si los hechos se hubieran cometido en un establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años.

2. Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.

3. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.

4. Se impondrá una pena de dos a seis años de prisión cuando los hechos a que se refieren los apartados anteriores revistan especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235”.

La jurisprudencia⁹⁵ venía declarando que el fundamento de la agravación del delito de robo en casa habitada no radicaba únicamente en el riesgo que el hecho entraña para la vida e integridad

⁹⁴ En sentido negativo, Vives Antón o González Rus

⁹⁵ Sentencias de 8 de mayo de 1998, 28 de junio de 2001 o 1 de febrero de 2003

dad de las personas sino también en el mayor desvalor derivado del ataque a la inviolabilidad del domicilio.

Respecto al edificio local abierto al público, el Tribunal Supremo, acogiendo la doctrina sentada por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 11/97⁹⁶, consideraba que la agravación tenía su base en el riesgo que el hecho entraña para la vida e integridad de las personas que puedan hallarse en el local al tiempo de la ejecución del hecho se encontrara este abierto al público (o cuando, fuera de las horas de cierre, el culpable tuviera conocimiento de la existencia de personas en el interior). Tras la reforma, se contempla de forma específica que los hechos hubieren cometido en establecimiento público fuera de las horas de apertura.

Por edificio o local abierto al público, siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado en la Consulta ante citada, han de entenderse aquellos lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona, sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

La redacción anterior a la reforma, contempló como únicas agravaciones, además de cuando concurrieran los supuestos del artículo 235, los casos en los que el robo se hubiere cometido en casa habitada o en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias. Tras la L.O 1/15 la situación se torna más compleja y así ha de distinguirse entre el delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada y establecimiento abierto al público dentro de las horas de apertura, y en este último supuesto fuera de las mismas. En ambos casos procede efectuar una segunda clasificación según concurren las circunstancias del artículo 235, o los hechos revistieren especial gravedad atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados. La definición de casa habitada y dependencias de la misma o del edificio o local abierto al público se sigue manteniendo en su integridad.

Por tanto, cuando el delito de robo con fuerza en las cosas se cometía en casa habitada o en establecimiento abierto al público dentro de las horas de apertura, si no concurrieren las circunstancias del artículo 235, ni la especial gravedad, la pena prevista es de dos a cinco años. Caso de concurrir las mismas, la pena se incrementa a prisión de dos a seis años. Si el delito se cometió en establecimiento abierto al público fuera de las horas de apertura se prevé una pena inferior, la antes citada de uno a cinco años salvo que concurrieren las circunstancias del 235 o la especial gravedad, en cuyo caso el tratamiento punitivo es el mismo que si el edificio o local estuviere abierto al público.

De lo anterior resulta que se dota de autonomía al delito de robo con fuerza en casa habitada o edificio o local abierto al público, se contempla un tipo atenuado cuando no estuviéramos en horario de apertura y se establecen unos tipos agravados, cuando los hechos anteriores se cometan concurriendo las circunstancias del artículo del 235 o fueren los hechos de especial gravedad. Llama la atención en este punto la equiparación del robo en casa habitada o local abierto al público dentro de las horas de apertura a los cometidos fuera de las mismas en los términos del 241.4, lo que ha sido entendido como la pretensión por el legislador de tutelar de forma específica los establecimientos comerciales en los que se perpetran robos mediante la técnica del butrón o alunizaje.

La doctrina⁹⁷ entiende que la referencia del número cuatro a que *los hechos revistan especial gravedad atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados* no ha de ser comprendida en los mismos términos que la circunstancia quinta del artículo 235, por cuanto en esta se derivan directamente de la sustracción de la cosa mueble ajena y en el artículo 241 se debe contemplar la gravedad de la fuerza ejercida o de los perjuicios ocasionados

⁹⁶ Que fundamentaba la agravación en la protección última de la integridad física de las personas, la del derecho fundamental de la intimidad de estas, la protección del comercio, y, por último, meras razones de técnica legislativa, creando una figura que aunara propiedad e intimidad y evitando el concurso delictivo entre el delito de robo con fuerza y el de allanamiento de local.

⁹⁷ Navarro Blasco o González Rus

por la misma, pues no de otra forma puede entenderse la referencia del Preámbulo de la ley orgánica a la pretensión de *la reforma de castigar especialmente estas formas de comisión incluyendo un nuevo supuesto agravado de robo con fuerza determinado por el modo de comisión (butrón, alunizaje) o la gravedad de los daños causados*, aunque no deja de resultar paradójico que con esa pretensión el resultado sea el de castigar con mayor pena estos hechos delictivos que los constitutivos de un delito de robo con violencia o intimidación o usando armas, para los que la pena prevista alcanza un máximo de cinco años.

3.6.2. Robo con violencia o intimidación

En este tipo hemos de comenzar señalando la importante novedad que se produce con la reforma de 2015, y es el traslado de su definición al artículo 237. Igualmente destaca la nueva redacción dada al número dos, que incluye como tipo cualificado el cometerse no sólo en casa habitada sino también en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.

- Tipo básico.

Como indicábamos, su definición ha de extraerse del artículo 237, conforme al cual “*son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando... violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o de quienes le persiguieren*”.

La redacción anterior, de mayor simplicidad, se limitaba a señalar que cometían este delito *los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando violencia o intimidación en las personas*, constituyendo pues otra principal innovación, la inclusión de un criterio ya establecido jurisprudencialmente⁹⁸, que esa violencia o intimidación fueran al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o le persiguieren.

Se trata, por consiguiente, de un delito plurifensivo, por cuanto ataca a varios bienes jurídicos protegidos, ya que, junto al patrimonio, recoge también la ofensa a la vida, a la libertad, seguridad o integridad del sujeto pasivo del delito de robo, o de un tercero, es decir, quedan incluidas tanto la persona del dueño de la cosa sustraída como la del poseedor de la misma o cualquier otra que acuda en auxilio de la misma o persigan al autor.

Conforme al número uno del artículo 242, en redacción que se mantiene desde la efectuada por L.O 5/2010 de 22 de junio, *el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase*. Esta redacción implica, en primer lugar, que respecto a los actos de violencia física hemos de estar a las reglas del concurso real de delitos, y que no siendo la intimidación objeto de calificación independiente, efectuar un robo con intimidación a través de amenazas se resolverá conforme al concurso de leyes, siempre que la intimidación fuere el medio para cometer el delito, para proteger la huida, para auxiliar a la víctima o a los que le persiguiere, pues si la intimidación fuere anterior o posterior a la consumación sí estaríamos en presencia de un concurso real.

Por **violencia** ha de entenderse la vis física, esto es, todo acometimiento agresivo sobre una persona, el maltratar o golpear de obra a una persona con independencia de que efectivamente se le produzca una lesión, incluyendo la violencia impropia, como el uso de hipnóticos. Ha de ser, eso sí, de cierta intensidad al menos para constituir el tipo básico, lo que nos plantea la problemática surgida en torno al llamado tirón que exige atender a cada caso concreto, aunque autores como Muñoz Conde se decanten por calificarlo como robo violento porque *es tirar con violencia hacia sí y vencer una resistencia física de la víctima, por limpio y sorpresivo que sea*.

⁹⁸ STS de 23 de junio de 2001

La violencia, o intimidación, no tiene que ser necesariamente ejercida sobre la misma persona que es objeto de la sustracción, sino que lo decisivo es que esa violencia personal constituya un medio de realización del acto de apoderamiento de la cosa puesto que la violencia, al igual que la intimidación, deben concurrir con anterioridad al momento de la consumación del delito existiendo así una relación directa entre la violencia o intimidación que se ejercent y la disponibilidad efectiva del bien. Incluso, como ya tuviera ocasión de señalar el Tribunal Supremo⁹⁹, cuando la violencia, o intimidación, se ejercent para proteger la huida o a los que persiguen, ello ha de ser en un momento previo a la disponibilidad, de forma que, fuera de estos casos, estaremos en presencia de un concurso de delitos.

No plantea problemas de tipificación el uso de la violencia, o intimidación, al cometer el delito, pero no así ocurre cuando son utilizadas para proteger la huida. Doctrinalmente¹⁰⁰ se afirma que, si la violencia o intimidación se ejercent para proteger la huida, pero cuando el sujeto ya tiene la plena disponibilidad de la cosa, el hecho puede ser calificado como delito de hurto o robo con fuerza en concurso con delito de amenaza o lesiones, en su caso. Si la violencia, o intimidación, fueran empleadas con carácter previo a la consumación, sólo estaremos en presencia de un delito de robo con violencia o intimidación cuando la disponibilidad no se ha alcanzado pero aún no se han agotado la tentativa del delito, y es que *ha de estarse a la finalidad o intencionalidad del sujeto y por tanto los actos de agresión física de amenazas deben estar relacionados causalmente con la acción depredatoria, pues sólo la violencia o intimidación que se ejerza con el fin de conseguir el apoderamiento convertirá en robo del artículo 241 lo que en principio fuera un hurto o robo con fuerza, pero no cuando esos actos ejecutan exclusivamente para la huida u otra finalidad diferente a la lucrativa, ya que en estos casos se rompe la relación de causalidad entre los actos de violencia o intimidación y el apoderamiento. La violencia o la intimidación han de tener por objeto conseguir la desposesión y disponibilidad de la cosa*¹⁰¹.

Por **intimidación** debe entenderse la *vis compulsiva*, esto es, la amenaza de un mal de entidad suficiente para doblegar la voluntad del sujeto pasivo; en suma, el efecto psicológico que causa el sujeto la amenaza de un mal, que vence su voluntad y que le determina a entregar la cosa o a permitir su apoderamiento. Será necesario que el sujeto pasivo sienta temor, pues en otro caso el hecho debería calificarse como un concurso de delitos entre hurto y amenazas en tanto que estas no requieren que el sujeto se vea psicológicamente afectado, aunque algunos autores¹⁰² consideran que basta con que la intimidación sea objetivamente de entidad suficiente para atemorizar al sujeto, aunque en el caso concreto no haya llegado a hacerlo. En todo caso, parece que para valorar la entidad de la amenaza habrá que estar al caso concreto, pues sentado que la intimidación no tiene que ser poco menos que invencible y que ofrece una gran carga de subjetividad, sólo examinando las condiciones y situación de la persona intimidada, de lugar y de tiempo, se puede determinar si efectivamente la intimidación ejercida permite cualificar el hecho como delito de robo del artículo 242, tesis esta que ha de estimarse más afortunada.

En todo caso la violencia o intimidación han de tener un carácter instrumental o finalista, es decir que se utilicen con la finalidad de lograr, facilitar o asegurar el apoderamiento. Así lo señalaba la sentencia del Tribunal Supremo 595/2015, de 15 de octubre, al establecer que *"la jurisprudencia de esta Sala ha utilizado para integrar el delito de robo violento el aprovechamiento de la violencia empleada para otros fines, si además se utiliza para sustraer bienes ajenos. Sin embargo, la reforma del Código Penal operada por la L.O 1/15, ha perfilado la conducta delictiva del robo violento, considerando a la violencia como medio instrumental directamente encaminada al apoderamiento de lo ajeno. El artículo 237 nos viene a decir que*

⁹⁹ Sentencia de 20 de septiembre de 1999

¹⁰⁰ Benítez Ortúzar, obra citada.

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2001

¹⁰² Álvarez García o Pérez Manzano

la violencia o intimidación en las personas se han de emplear para cometer el delito, o para proteger la huida, o ejercerla sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieran”.

- Tipo cualificado. Comisión en casa habitada o en local abierto al público.

El artículo 242 en su número dos establece que “cuando el robo se cometiera en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años”.

Sería en 2010 cuando se introdujera la agravación de cometer el robo en casa habitada. La reforma de 2015, asumiendo una petición doctrinal y jurisprudencial al efecto, añade el edificio o local abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, pues era sorprendente que se contemplase una modalidad agravada en casa habitada o en local abierto al público respecto del delito de robo con fuerza, pero no del robo con violencia o intimidación. En el texto, no se hace referencia al requisito de que se encuentre en horario de apertura o no, por lo que sólo se hace imprescindible que haya personas sobre las que hacer recaer la violencia o intimidación con la finalidad de lograr el apoderamiento.

-Tipo agravado. Uso de armas o medios peligrosos o ataque a quienes acudan a auxiliar a la víctima o le persiguieren.

El art. 242.3 CP prevé que las penas anteriores se impondrán en su mitad superior “cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que lleve, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren”.

Esta modalidad agravada, aplicable tanto al tipo básico como al tipo cualificado, ha mantenido su redacción en la reforma de 2015, tras la importante modificación llevada a cabo en 2010 que eliminó la exigencia de que las armas u otros medios igualmente peligrosos fueran los que lleve el autor.

Por armas u otro medio igualmente peligroso debe entenderse cualquier instrumento apto para la agresión (incluyendo por tanto armas de fuego, armas blancas u otros objetos como palos o barras de hierro¹⁰³). Han de ser usadas en el sentido no sólo de empleo directo sino además de exhibición o utilización amedrentadora, logrando con el arma o medio peligroso la intimidación del sujeto¹⁰⁴, aunque un sector doctrinal estima que aplicar el tipo agravado en la simple exhibición del arma vulneraría el principio non bis ídem, por lo que sería exigible una intimidación que vaya más allá de la que originó la inicial calificación como robo¹⁰⁵.

- Tipo atenuado.

El artículo 242.4, tampoco modificado en la reforma de 2015, dispone que “en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo”.

Su inclusión obedeció al propósito de minimizar el endurecimiento de la penalidad del delito de robo con violencia o intimidación, o, en palabras del Tribunal Supremo¹⁰⁶, “hacer efectivo el principio de proporcionalidad, al posibilitar la adecuación de la pena al disvalor jurídico de la acción enjuiciada y así cuando la norma se refiere a las circunstancias del hecho y no a las del autor, indica que su aplicación procede en aquellos supuestos en que se aprecie una aminoración de la antijuricidad del acto, y atendiendo al carácter propio de este delito este menor con-

¹⁰³ Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2005, 8 de septiembre de 2003 y 10 de mayo de 2000

¹⁰⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000 y 3 de octubre de 2003

¹⁰⁵ Jareño Leal. Coautoría y desviaciones previsibles en el robo con violencia. 2013

¹⁰⁶ Sentencia de 23 de marzo de 1999

tenido del injusto debe valorarse respecto de todos los bienes tutelados, en primer lugar y primordialmente respecto de la menor entidad de la violencia o intimidación ejercitada y, en segundo lugar, al valor o importancia de lo sustraído, procediendo su aplicación cuando el importe de lo sustraído sea ínfimo, siempre que la violencia o intimidación ejercitadas no revistan una especial intensidad o gravedad.

El tipo atenuado resulta compatible en su aplicación con los números 2 y 3 del artículo 242, si bien la jurisprudencia viene entendiendo que la simple exhibición del arma debe integrar ya el requisito típico del uso de arma que exige el número tercero y por tanto, en este supuesto, difícilmente puede conjugarse su aplicación con la menor entidad de la violencia o intimidación requeridas para aplicar esta modalidad atenuada.

3.7. Robo y hurto de uso

Bajo la rúbrica de robo y hurto de uso de vehículos, el artículo 244 recoge una serie de figuras delictivas que tienen en común ser los únicos supuestos en los que la sustracción de uso de una cosa mueble ajena es típica.

Este delito trae su origen en la relevancia que en la segunda mitad del siglo XX adquirieron estas conductas¹⁰⁷ así como en la Ley del Automóvil del 9 de mayo de 1950 fecha desde la cual, el precepto, ha sido objeto de numerosas reformas hasta llegar a la redacción actual de 2015, tras la cual el artículo 244 castiga “1. *Al que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiárselo será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. 2. Si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior. 3. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos. 4. Si el hecho se cometiera con violencia o intimidación en las personas, se impondrán en todo caso las penas del artículo 242”.*

Se tipifican pues los delitos de hurto de uso, de robo con fuerza en las cosas de uso, y el de robo de uso con violencia o intimidación en las personas, con la particularidad, vía penológica, de que el robo de uso será, en todo caso, delito menos grave.

Como ya se abordó al analizar la evolución histórica del delito de robo y hurto de uso, inicialmente el verbo utilizado fue sustraer, de modo que la conducta típica exigía un previo apoderamiento de la cosa, quedando fuera otra de uso indebido. El legislador de 2003 estimó oportuno incluir la utilización no autorizada junto a la sustracción, situando pues la conducta en una forma alternativa, como de apoderamiento para usar o de uso indebido.

Comunes a todas son el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, el objeto material y el ánimo, de uso y no apropiación.

-Bien jurídico protegido.

La doctrina dominante considera que el bien jurídico protegido es la facultad de uso del vehículo de motor inherente al dominio, esto es, se protege el *jus utendi* que corresponde al propietario del vehículo. Así como en el hurto o en el robo se lesiona por entero el derecho de propiedad sobre la cosa, en el delito de robo y hurto de uso de vehículos se ataca solo a alguna de las facultades inherentes al dominio, como es, la facultad de usar la cosa. Lo que se protege por tanto es el derecho de uso derivado de la propiedad¹⁰⁸. No obstante, algunos autores. Como Muñoz Conde, estiman que el bien jurídico protegido sigue siendo la propiedad en tanto que

¹⁰⁷ Suárez López. El tratamiento penal del hurto y robo de uso de vehículos a motor. Madrid. 2013.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011

ésta sufre un ataque parcial, en una de las facultades derivadas de la misma, impidiendo de este modo el pleno y normal ejercicio que de ella se deriva¹⁰⁹.

-Sujetos activo y pasivo.

Correlativamente a las posturas mantenidas en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido, también en orden a la determinación de los sujetos activo y pasivo, van a poder distinguirse dos posturas diferenciadas, siendo la dominante la que mantiene que el sujeto activo puede ser cualquier persona, salvo el propietario del vehículo, dado que el art. 244 expresamente exige que el vehículo de motor sea ajeno. Incluso el legítimo poseedor de la cosa podrá ser sujeto activo, en su modalidad de utilización indebida en aquellos casos en que el uso del vehículo exceda de la finalidad autorizada. El sujeto pasivo del delito sólo puede serlo el propietario del vehículo.

-Objeto material.

Debe ser necesariamente un ciclomotor o vehículo a motor entendiendo por tal todo vehículo de tracción mecánica sea cual sea la energía empleada para lograr su desplazamiento, e incluyendo todo aquel vehículo a motor que sea considerado como tal por la normativa administrativa.

Tras la reforma de 2015, no se distingue el valor del objeto, en tanto que no se incluye un delito leve de hurto de uso en atención al valor del vehículo sustraído para su uso.

-Ánimo.

La intención ha de ser la de utilizar de forma no autorizada, sin ánimo de apropiárselo, resarcitando así muchos de los parámetros jurisprudenciales del derogado artículo 516 bis (usar o utilizar).

Por uso debe entenderse el servirse de la cosa conforme a su destino, de modo que quedarían fuera de este tipo el desplazamiento del vehículo por otras vías¹¹⁰.

-Pena.

Junto con la del valor, la otra gran reforma de 2015 en materia de delitos de robo y hurto de uso es la de la pena. Se modifica el arco penológico de la pena de multa, pasando de seis a doce meses, a de dos a doce, a imponer, alternativamente, a la de trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13.4 cabe afirmar que el hecho puede ser calificado como delito leve, pero por aplicación de la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, el delito pasaría a ser menos grave con evidentes diferencias en materia, por ejemplo, de antecedentes penales. Se califica como *proceder ciertamente extraño*¹¹¹ esta actuación del legislador, pues sin contar con el precedente de la falta del suprimido número tres del artículo 623, no sigue el criterio de calificar el delito como leve cuando el valor fuera inferior a 400 €, sino que da relevancia como límite penológico a la circunstancia de que *en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo*, lo que parece sugerir que está dando un tratamiento de equiparación entre el delito leve y el menos grave.

La Fiscalía General del Estado, en Circular 1/15, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/15, aborda esta cuestión afirmando, ya al inicio de la misma, que la nueva regulación plantea *serias dudas de catalogación* en los delitos con pena compuesta.

¹⁰⁹ Y en el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de 16 de septiembre de 2000.

¹¹⁰ Suárez López. El tratamiento Penal del hurto y robo de uso de vehículos a motor. Madrid. 2013.

¹¹¹ Sánchez Melgar. Código penal. Comentarios y jurisprudencia. Cuarta edición. 2016.

El artículo 13.4 del código penal señala que *cuando la pena, por su extensión, puede considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará en todo caso, como leve.* Ello no suscita ninguna duda si el delito tiene asignada una sola pena y el tramo de ésta disurre por completo el tramo leve o si el suelo de la única pena arranca del ámbito leve aunque su techo excede de la pena leve, pero cuando la pena es compuesta, alternativa o conjunta la Circular afirma que *la calificación en sentido descendente de la gravedad de un delito en la reforma penal de 2015 es lo factible cuando la extensión leve y menos grave concurren en una misma pena, no en penas diferentes. En éstos el artículo 13.2¹¹² habrá de prevalecer si el presupuesto del artículo 13.4 no se cumple en el seno de todas y cada una de las penas signadas por la ley al delito.* La norma del número dos del artículo 13, entiende la Fiscalía, cabe ser interpretada en sentido estricto, por resultar poco natural desvincular la naturaleza del delito de la gravedad objetiva de la pena máxima que la ley asigna, concluyendo que *en caso de coexistir penas leves y menos graves en un mismo tipo penal el delito será considerado menos grave*, solución que parece evidente cuando las penas son alternativas, pues la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la que se solicite o imponga, si bien es cierto que ello puede suponer atribuir a los delitos en los que esto suceda un régimen más severo y por tanto contraria al reo, por lo que quizás el legislador (que bien hubiera podido modificar el artículo 13.4 del código penal para establecer que no rige su cláusula en los casos de penas conjuntas o alternativas) incluyó en la Ley 41/2015, de modificación de la LECr para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, una Disposición Adicional 6^a conforme a la cual, *sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto*, resolviendo así la cuestión procedural aunque no la de la naturaleza del delito¹¹³. A mayor abundamiento de su conclusión, la Circular alude a que sólo esta solución es coherente con el régimen de la prescripción, pues el art. 131.2 señala que *cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.*

Como ejemplo concreto, la propia Fiscalía General del Estado cita precisamente el caso de hurto o robo de uso del artículo 244 señalando que la posibilidad de elección entre delito leve o menos grave conllevaría el condicionamiento de la competencia judicial y el procedimiento adecuado, situación del todo inaceptable pues contravendría el principio de seguridad jurídica y el derecho del justiciable a conocer de antemano el Juez competente, con la paradoja de que siendo alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no se puede imponer sin consentimiento del reo, sería éste quien decidiría definitivamente la naturaleza del delito.

La problemática citada ya fue advertida por el informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de L.O 1/15, que, en su consideración cuarta, señaló la disparidad de criterios que se observaba en el artículo 13.4 en relación con los casos en que la pena, por su extensión, puede incluirse entre dos categorías distintas, pues en unas ocasiones se atiende al *techo* de la pena y en otra al *suelo*. Recoge también el Consejo de Estado la crítica que efectuó el Consejo general del Poder Judicial al respecto, subrayando que el artículo 13.4 no sea adecuado a la sistemática general del Código Penal y proponiendo su modificación en el sentido de que cuando la pena pudiera ser catalogada como menos grave o leve, se reputará menos grave.

Por último, hay que indicar, respecto a la pena, el último inciso del número uno del artículo 244, que señala que *en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apoderare de definitivamente del vehículo.* A este respecto la Circular 3/2015, sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por la LO 1/15, señala que *no habiendo es-*

¹¹² Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menor grave.

¹¹³ Jaime Moreno, Pedro Díaz, Roberto Valverde. Obra citada.

tablecido expresamente el legislador en este delito el criterio delimitador de 400 € para distinguir las conductas, en los supuestos de hurto de uso, el límite de 400 € sí existe por referencia al delito de hurto, visto el inciso antes indicado. Por tanto, si en la regulación del delito de hurto, artículo 234.2, se establece una pena de multa de uno a tres meses, si la cuantía de lo sustraído no excediera de 400 €, en la nueva regulación, la pena máxima para un delito de hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor cuyo valor no excede de esa cuantía, no debe resultar superior al mes de multa, pena que en cualquier caso es inferior a la antes prevista en el número tres del artículo 623.3.

-Tipo básico.

Es el comprendido en el número uno del artículo 244 del código penal, el llamado hurto de uso.

La redacción del artículo permite la inclusión en el tipo básico de la utilización, aunque el sujeto que lo haga no haya participado en la sustracción¹¹⁴ pues utilizándose dos verbos rectores (sustraer y utilizar) la realización del tipo se cumple tanto con sustraer el vehículo como cuando meramente se utiliza. El problema puede ser determinar si esa referencia a utilización no autorizada, permite incluir otras formas comisivas de acceso ilícito al vehículo distintas a las de la del apoderamiento, y este respecto, autores como Muñoz Conde estiman que el ámbito típico del delito de hurto de uso es más amplio que el de los delitos de apoderamiento, e incluye también las apropiaciones indebidas de uso y las estafas de uso. No obstante, otros autores como Quintero Olivares consideran que sólo cuando el acceso previo es ilícito, su uso es punible, de ahí el nomen iuris del tipo, hurto de uso de vehículos.

Para aplicar el número uno del artículo 244, es necesario que el vehículo se restituya antes de las 48 horas desde que se produjo la sustracción o la utilización no autorizada, pues de otro caso sería de aplicación la agravación del número tres (lo que puede entenderse también como un tipo cualificado). Parte pues el legislador de una presunción iuris et de iure de que transcurridas 48 horas el sujeto tiene intención de apropiarse del vehículo de ahí que simplemente, cumplido ese supuesto, se limite a remitirse a la pena prevista para el delito de hurto, o, en su caso, el delito de robo.

La restitución puede ser directa o indirecta, aunque, evidentemente dejar el vehículo abandonado, sin dar a conocer de algún modo su paradero, no equivale a la restitución¹¹⁵.

La consumación se produce en cuando el sujeto tiene la plena disponibilidad del vehículo, y en caso de utilización, cuando lo ponga en marcha, por mínimo que sea el desplazamiento¹¹⁶.

-Tipos cualificados.

Son los delitos de robo de uso con fuerza en las cosas que se contemplaban en el número dos del artículo 244 (“si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior”) y los delitos de robo de uso con violencia o intimidación en las personas, del número cuatro del mismo precepto (“si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 242”).

La modalidad agravada de robo de uso con fuerza plantea la interesante cuestión de si la remisión al delito de robo con fuerza lo es a todos los elementos del artículo 237, obviamente salvo el ánimo, y por tanto incluye, tras la reforma de 2015, la fuerza típica que se ejerce no sólo para acceder al lugar en el que se encuentra el vehículo sino también para salir del mismo. A este respecto, la doctrina mayoritaria entiende que la fuerza en las cosas habrá de interpre-

¹¹⁴ Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2010, consideró que la reforma operada por Ley Orgánica 15/03, al añadir la expresión *utilizare sin la debida autorización*, comprende tanto la acción del que toma o se apodera del vehículo, como la del que lo usa sin haber tomado parte la sustracción, pero conociendo su ilícita procedencia.

¹¹⁵ Ignacio Benítez Ortaza. Sistema de derecho penal. Parte especial. Delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico.

¹¹⁶ Sentencias del TS de 27 de junio de 1990.

tarse conforme al concepto normativo previsto en el delito de robo con fuerza en los artículos 237 a 239, quedando restringida por tanto la fuerza a las circunstancias del artículo 238.

Respecto al robo de uso con violencia o intimidación en las personas, entendidos éstos conceptos de los mismos términos que en el artículo 242, ha de significarse que conforme a la redacción del número cuatro del artículo 244, bastará la utilización de vis física o vis compulsiva para aplicar la pena de dos a cinco años del artículo 242, independientemente de que la restitución del vehículo se produzca antes o después de las 48 horas.

3.8. Multirreincidencia

El mantenimiento de la reincidencia como agravante vino siendo cuestionada en los diferentes proyectos legislativos: la LO 8/83 la mantuvo, aunque restringiendo su ámbito de aplicación (prescinde de la llamada reincidencia genérica y elimina la multirreincidencia), situación que se mantiene tras el Código Penal de 1995, aunque sólo hasta la reforma de 2003, que vuelve a introducir la reincidencia cualificada en el art. 66.1.5 y reincorpora la figura del delito habitual en determinadas figuras (hurto, hurto de uso de vehículos de motor y lesiones, remitiéndonos en este punto a lo analizado respecto al art. 235.7). La LO 5/10 en la misma línea mantuvo la multirreincidencia y la LO 1/15 contemplando igualmente la multirreincidencia y la reincidencia, introduce la novedad de la equiparación de los antecedentes penales españoles a las correspondientes condenas impuestas por otros tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea.

Esta reforma ofrece las figuras de reincidencia y multireincidencia, como respuesta¹¹⁷ a la conducta reiterada del sujeto en la comisión de las conductas delictivas, basadas en razones de política criminal que garanticen la seguridad jurídica demandada por la sociedad dentro de la estructuración establecida en un Estado social y democrático, basado en derecho justiciable, socio legislador y reformativo y en el concierto y adecuación de los principios comunitarios y en auxilios judiciales en materia penal. Se resalta la multireincidencia en los delitos patrimoniales, estableciéndose como circunstancia agravatoria.

La LO 1/15, de 30 de marzo, en la profunda reforma que efectuó del Código Penal, (afectante a un total de 252 artículos), realiza trascendentales modificaciones, algunas de ellas motivadas por el compromiso europeo en virtud del cual la DF6^a de la LO 1/15 incorpora al Derecho español la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, y las Directivas 2009/52/UE, 2011/36/UE, 2013/40/UE, 2014/42/UE y 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

De las citadas transposiciones, ciñéndonos a las relativas a la reincidencia¹¹⁸, ha de destacarse en primer lugar la posibilidad de que las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea sean tenidas en cuenta a efectos de reincidencia.

Y es que como ya expresó la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre estados miembros, “*es la primera concreción en el ámbito del derecho penal del principio del reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como “piedra angular” de la cooperación judicial*”. Ese principio de reconocimiento mutuo supuso un cambio absoluto al sustituir las relaciones tradicionales entre los estados miembros a través de las autoridades centrales por la comunicación directa entre ellos, dotando el sistema de mayor agilidad¹¹⁹. En materia de información de

¹¹⁷ M^a Ángeles Vilchez Gil. Reincidencia y multireincidencia: concepto y evolución legislativa. Sepin. Junio 2015.

¹¹⁸ Tras la reforma el contenido del nº 8 del art. 22 pasa a ser el que sigue: 8.º *Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.*

¹¹⁹ M^a del Carmen Molina. Comentarios a las Leyes Orgánicas 1/15 y 2/15. Artículo monográfico. SEPIN. Abril 2015. Ref. SP/DOCT/19007.

antecedentes penales se promulgó la LO 7/14 (que transpone la Decisión Marco 2008/675/JAI relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y la 2008/315/JAI relativa a la organización y contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los estados miembros). Y es que a raíz de las previsiones de las citadas Decisiones se instaura el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales creado por la Decisión Marco 2009//316/JAI que facilita el traspaso en el registro español de las condenas impuestas a españoles o personas que hubieran residido en España por los Tribunales de los respectivos Estados Europeos. Así, el Registro Central de Penados informará de las condenas dictadas en España a las autoridades centrales del estado de nacionalidad del condenado, su cancelación y modificación, e impidiendo su utilización fuera del procedimiento penal.

Por tanto, las condenas impuestas por los tribunales de los Estados miembros serán reconocidas en España cuando se trate de hechos que fueran punibles de acuerdo con la legislación española vigente a la fecha de su comisión, aunque, no ha de olvidarse que la DA Única de la LO 7/14 expresó de forma categórica que las condenas dictadas por un tribunal de un estado miembro de la unión europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010 no serían tenidas en cuenta a los efectos de esta Ley.

Esta importante reforma, que en la regulación anterior sólo era contemplada para ciertos delitos, permite la extensión de la reincidencia a todos, excepto los leves (que, aunque anotados en la hoja histórico penal, no podrán ser tenidos en consideración al quedar expresamente excluidos).

Y es que uno de los objetivos básicos de la LO, según la Exposición de Motivos, es la de ofrecer respuesta a los problemas que plantean la multirreincidencia y la criminalidad grave (razón por la que en materia de delitos patrimoniales, por ejemplo, suprime la falta de hurto para elevarla a categoría de delito, leve) y con esa finalidad (definida la cuestión como problema) proporciona instrumentos que oscilan desde la agravante genérica del art. 22.8, las reglas generales de individualización de la pena del art. 66.1, o la agravante cualificada o multirreincidencia del art. 66.1.5 que permite imponer la pena superior en grado al sujeto que al delinquir ya hubiere sido ejecutoriamente condenado por tres delitos de los comprendidos en el mismo título del código, siempre que sean de la misma naturaleza, lo que ya en su día fue avalado por el Tribunal Supremo, justificándola en la mayor peligrosidad del autor, su mayor culpabilidad, la insensibilidad hacia la pena, el desprecio rebeldía del reincidente frente al ordenamiento, o la función preventiva de la agravante, con declaración expresa de que la misma no se opone al principio *non bis in idem* ni al principio de culpabilidad, y ya desde 1991 por Sentencia del Tribunal Constitucional se confirmó la constitucionalidad de esta agravante¹²⁰ aunque el Tribunal Supremo en sentencia de posterior fecha¹²¹ manifestó que creía oportuno poner de manifiesto que el agravante de reincidencia no es un medio político criminal idóneo para resolver los problemas que plantea la peligrosidad del autor, recordando la necesidad de introducir en el Código Penal en estos casos medidas de terapia social que permitan lograr resultados para los que la pena privativa de libertad se ha mostrado ineficaz. Es decir, el Tribunal Supremo entendió que en los supuestos de reiteración delictiva no debíamos estar al agravamiento automático de la pena a través de la agravante de reincidencia, lo que por otro lado no ocurre respecto de las medidas de seguridad que pueden permitir lograr los resultados no llevados a cabo a través de la pena de prisión.

La nueva redacción del nº 8 del art. 22 plantea como primera cuestión la dificultad de comprobación en la diversa legislación penal europea, de acciones delictivas encajadas no ya en la misma naturaleza sino en el mismo Título, estimándose por la doctrina que no cabe una inter-

¹²⁰ Sentencia 150/1991, que concluyó que "la Constitución consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de este en la comisión de los hechos".

¹²¹ 30 de mayo de 2000

pretación que venga a extrapolar el requisito formal (mismo Título) pero sí el material (misma naturaleza), a los efectos de no crear inseguridad jurídica al respecto.

Existiendo la misma naturaleza y por tanto mismo bien jurídico protegido y misma forma de ataque (en tanto demostración de inclinación a la comisión de la conducta delictiva), podrá considerarse que el antecedente penal de un estado de la Unión Europea es motivo para aplicar la agravante de reincidencia.

La reforma también introduce en materia de antecedentes penales el art. 97 bis, que a los efectos previstos en el capítulo regulador de los sustitutivos penales y la libertad condicional¹²² equipara los antecedentes españoles a las condenas impuestas por otros Tribunales de la Unión Europea, a fin de resolver la reincidencia, suspensión y libertad condicional¹²³.

Han de ser mencionadas otras cuestiones fundamentales en esta materia. La primera, la suspensión de condena, arts. 80 a 87, institución respecto de la cual la reforma ha pretendido facilitar la tramitación de la fase de ejecución, estableciendo una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial, consecuencia también de la transposición de la Decisión Marco antes citada, y así, estableciéndose la citada equiparación entre las sentencias condenatorias españolas y las dictadas por los tribunales de los estados miembros, ha de atenderse, como indicábamos ut supra, a la naturaleza y circunstancias en orden a valorar al sujeto y su peligrosidad.

La segunda, el decomiso del art. 127 bis, que establece que, “el juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito: d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.”

Tercera, el art. 189, que en materia de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores establece como una de las causas de agravación del tipo, en la letra h) “Cuando concurra la agravante de reincidencia”. Igual ocurre con el delito de estafa, que en el art. 250 contempla los supuestos de multirreincidencia.

Por último señalar que la resolución sobre la concurrencia de la agravante de reincidencia o la suspensión de la ejecución de la pena (o su revocación), conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI, y la consideración de los antecedentes penales de otros Estados Miembros en procedimientos nacionales, y el envío a aquellos de las condenas impuestas por el Estado español, pone de manifiesto¹²⁴ la necesidad de simplificar el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales, evitando que transcurridos los plazos del art. 136 Código Penal, figuren vigentes en el Registro Central de Penados y Rebeldes, condenas que debieran ser canceladas, y para ello la redacción que se proporciona al precepto facilita el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales suprimiendo la exigencia del informe del Juez sentenciador y el requisito de la constancia del pago de la responsabilidad civil o la insolvencia del penado, además de elevar los plazos respecto de los delitos de mayor gravedad¹²⁵.

¹²² Del siguiente tenor: “A los efectos previstos en este Capítulo, las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea tendrán el mismo valor que las impuestas por los jueces o tribunales españoles salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados, o pudieran serlo con arreglo al Derecho español”.

¹²³ Rafael Alcalá Pérez-Flores y otros. La reforma del Código Penal. El derecho. 8 de abril de 2015.

¹²⁴ Mª Ángeles Vilchez Gil. Reincidencia y multirreincidencia. Artículo monográfico SEPIN. Junio 2015. Ref. SP/DOCT/19138.

¹²⁵ Y en materia de cancelación de antecedentes penales de personas jurídicas, la reforma de 2015, mejorando la técnica de la reforma de 2010 que no preveía nada en este punto, contempla la cancelación en diez años (art. 33.7, penas graves), desde el día siguiente al de firmeza de la sentencia salvo en el caso de la pena de disolución de persona jurídica o de prohibición definitiva de realizar actividades, que se hará en el plazo de 50 años. (136.3 Código Penal).

Aspectos sobre la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida, tras la L.O.1/2015

Manuel-Jesús Dolz Lago
Fiscal del Tribunal Supremo

En el presente estudio se analizan aspectos de la reforma de los delitos de administración desleal de patrimonios ajenos privados y de apropiación indebida operada por la L.O. 1/2015, desde una perspectiva crítica, tanto dogmática como de política criminal. Se indaga sobre la eficacia práctica de la reforma para afrontar la protección de los bienes jurídicos protegidos, ya sea en su dimensión individual como colectiva, así como para luchar contra una de las manifestaciones más graves de la delincuencia “de cuello blanco”, sobre todo en el sistema financiero y bancario, cuyos efectos han determinado en gran medida la crisis económica que padecemos.

En opinión del autor, a pesar de los esfuerzos legislativos por clarificar la problemática delimitación entre el delito societario de administración desleal de patrimonio social previsto en el desacertadamente derogado art. 295 CP/95 y el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, del art. 252 CP/95, creando un nuevo delito común de administración desleal de patrimonios ajenos mediante una nueva redacción del art. 252 CP/2015, que desplaza la apropiación indebida a los arts. 253 y 254 CP/2015, en realidad, no se ha conseguido despejar el panorama delictivo de estas dos figuras con la suficiente transparencia que permita afrontar adecuadamente los hechos determinantes de esta grave rama de delincuencia económica, dejando demasiados flecos para la interpretación.

No sólo persisten las mismas problemáticas que llevaron a la doctrina y a la jurisprudencia a multiplicar tesis interpretativas, más o menos acertadas en la delimitación de ambos tipos delictivos, cuyas razones últimas subyacentes no eran otras que argumentar jurídicamente para la eludir o no la prisión de los administradores sociales infractores penales (1998), sino que, con la desafortunada derogación del delito societario de administración desleal del art. 295 CP/95, se oscurece todavía más la norma penal del “nuevo” delito de administración desleal de patrimonios ajenos privados del art. 252 CP/2015, que, por otra parte, cede a favor de la del art. 432 CP/2015 (malversación) cuando el patrimonio sea público.

Por ello, el nuevo art. 252 CP/2015, precisa ser analizado según afecte a patrimonio ajeno social -que será lo más habitual- o no. Esta precisión es necesaria para dotar de su razón de ser al delito de administración desleal de patrimonio ajeno social conforme al anterior y sutilmente derogado art. 295 CP/95 y su decisiva jurisprudencia interpretativa, si no se quiere dejar en la impunidad conductas de los administradores sociales gravemente perjudiciales para el orden socioeconómico, so pretexto de dos vías de “huida del Derecho Penal”. La primera, considerar que la exigencia de la responsabilidad de los administradores sociales debe realizarse preferentemente en el orden de la jurisdicción civil/mercantil conforme a la Ley de Sociedades de Capital (TR 2010 reformado por Ley 31/2014) y no en el penal. Y la segunda, en congruencia con la anterior, valorar el nuevo precepto, por un lado, como un simple delito meramente patrimonial, al margen del orden socioeconómico, y, por otro, sólo en su modalidad de tipo de abuso, omitiendo el tipo de infidelidad, que es inherente a aquél en cuanto la confianza es un presupuesto para su configuración (cfr.v.gr. STS -2ª- 599/2014, de 18 julio -Del Moral-)

Dicho lo anterior, sobre esta reforma verificada bajo la excusa de argumentos dogmáticos, en el fondo, puede pensarse que sólo encubre un propósito de política criminal inconfesable: la impunidad de los poderosos administradores sociales privados infractores penales, a cuyo servicio, evidentemente, no estamos los fiscales.

1. Consideraciones previas

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, por la que se reforma el CP¹, haciendo eco de las confusas delimitaciones doctrinales y jurisprudenciales entre el delito societario de administración desleal de patrimonio social del art. 295 CP/95 y el delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95, con intención de superarlas pero sin éxito, como se verá después, crea el delito común de administración desleal de patrimonio ajeno en el nuevo art. 252 CP/2015, que se incluye en la Sección 2^a (De la administración desleal) del Capítulo VI (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II (Delitos y sus penas) del CP. Se deroga, en contra de la doctrina más autorizada y del CGPJ, el anterior delito societario de administración desleal de patrimonio social del art. 295 CP/95 ex Disposición derogatoria única, punto 2º, en cuanto es una norma que resulta incompatible con la nueva regulación. Se trasladan a los arts. 253 y 254 los delitos de apropiación indebida. Y, por último, se regula como una modalidad de administración desleal específica el delito de malversación de caudales públicos cuando el patrimonio sea público en el art. 432.1 CP/2015.

Hay que tener en cuenta que el nuevo art. 252 CP/2015 rige desde el día 1 julio 2015 (DF 8^a LO 1/2015) y que para el régimen transitorio debe estarse a lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias de la LO 1/2015, tanto para el mantenimiento del criterio de la determinación de la norma aplicable en función a la fecha de los hechos y el de norma más favorable cuanto para los supuestos de revisión de sentencias, lo que obliga a seguir teniendo en cuenta el derogado art. 295 CP/95 cuando fuera necesario.

1.1. La desafortunada derogación del anterior art. 295 CP/95 de administración desleal de patrimonio social y su encaje en el nuevo art. 252 CP/2015 de administración desleal de patrimonio ajeno

Sobre la reforma operada por la L.O. 1/2015 y su crítica, hay que resaltar primero los propósitos del legislador, el resultado de la reforma y después recordar la crítica que hicimos a la vista del Anteproyecto (DOLZ LAGO, 2014). A esta crítica sumaremos las autorizadas opiniones doctrinales posteriores de la parte más cualificada de la doctrina (v.gr. FARALDO, 2015, 355 a 417; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2015; CARDONA, 2015; CADENA, 2016)

A nuestro modo de ver, el nuevo art. 252 CP/2015, dejando a un lado el patrimonio público, cuya administración desleal se castiga en el delito de malversación del art. 432.1 CP/2015², tiene dos modalidades según el patrimonio ajeno privado sea social-societario o no. Estas dos modalidades si bien no se distinguen por la sanción penal, que es idéntica, sí por el tipo objetivo en cuanto a la conducta típica y sujetos activos, que nos reconducen a los administradores societarios, los cuales están sujetos un *status legal* propio en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, TRLSC 2010) (cfr. arts. 209 a 252, reformados parcialmente por Ley 31/2014) diferenciado del resto de los administradores no societarios, que se rigen por el Código Civil (v.gr. contrato de sociedad, arts. 1692 y ss.; mandato, arts. 1709 a 1739; gestión de negocios ajenos, arts. 1888 a 1901)

De ahí, que el estudio del nuevo art. 252 CP/2015, cuando el patrimonio administrado es social, aunque el legislador parece reducirlo a un delito meramente patrimonial, debe adaptarse al marco de los delitos societarios, cuyo bien jurídico protegido tiene una más clara dimensión en el orden socioeconómico (DOLZ LAGO, 2014)³. De lo contrario, este delito proyectado en

¹ BOE 77, del 31 marzo.

² Las responsabilidades contables para los gestores de patrimonios públicos reguladas en la legislación del Tribunal de Cuentas, depuradas a través de la jurisdicción contable, son independientes de las penales. Véase art. 16 y 18.2 Ley Orgánica 2/1982, de 12 mayo, del Tribunal de Cuentas.

³ En contra, parte de la doctrina, comentando la reforma penal de 2015, en general, entiende que el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015 se aleja de la protección del orden socioeconómico y sólo se centra en el bien jurídico protegido del patrimonio (v.gr. RAMOS, 2015, 530, entre otros)

los patrimonios sociales perdería uno de sus elementos más característicos y definitorios para su debida hermenéutica.

¿Qué dice el legislador sobre esta reforma?

Veamos el apartado XV de la Exposición de motivos de la LO 1/2015.

a) Exposición de motivos.

“La rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo VI del Título XIII del Libro II pasa a denominarse «De la administración desleal», creándose una Sección 2.^a bis en el mismo Capítulo para integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica «De la apropiación indebida».

El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona.

La reforma introduce una regulación moderna de la administración desleal, que no es sólo societaria, entre los delitos patrimoniales, cercana a la existente en las distintas legislaciones europeas. Su desplazamiento desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales, que es donde debe estar ubicada la administración desleal de patrimonio ajeno, viene exigido por la naturaleza de aquel delito, un delito contra el patrimonio, en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera, no sólo una sociedad. Razones, pues, de sistemática, exigían tal decisión. A través de este delito se intenta proteger el patrimonio en general, el patrimonio de todo aquél, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquél cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado.

La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación.

Los delitos de apropiación indebida siguen regulados en una sección diferente, quedando ya fuera de su ámbito la administración desleal por distracción de dinero, que pasa a formar parte del tipo penal autónomo de la administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación, que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia, como es el caso de la apropiación de cosa perdida no susceptible de ocupación, en donde se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, y el caso de la apropiación de cosas recibidas por error.

La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de

sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Se incluye un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no excede de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas”

En síntesis, pues, se deroga el art. 295 de administración desleal en delitos societarios para introducirlo en el nuevo art. 252 CP/2015 (anterior apropiación indebida), con objeto de comprender la administración desleal no sólo en el ámbito de las sociedades mercantiles o personas jurídicas (*patrimonio social*) sino también en el patrimonio de un tercero persona física (*patrimonio ajeno*), haciéndose una revisión del delito de apropiación indebida –arts. 253 y 254– (distinguiendo la apropiación con quebrantamiento del deber de confianza o sin este quebrantamiento) y del delito de malversación –*cfr.* art. 432 y ss. CP– (introduciendo una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos)

Así las cosas, como hemos indicado ya, interpretamos que el “nuevo” delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015 tiene dos modalidades, una la de patrimonio privado social/societario (de persona jurídica) y otra de patrimonio privado individual (de persona física).

Es bien cierto que estas modalidades no las distingue el legislador expresamente e incluso podría pensarse que las niega, ya que establece una única penalidad⁴.

Pero también es cierto que el precepto al referirse a la administración del patrimonio ajeno penaliza la conducta prohibida mediante una remisión al abuso de las facultades de administración del sujeto activo, lo que nos debe llevar inmediatamente al estatuto del administrador. El fijado legalmente, por la autoridad o el negocial *ex art. 252.1º CP/2015*.

En el caso de administradores sociales o societarios su estatuto legal, establecido básicamente en el TRLSC 2010 (arts. 209 a 252, reformado parcialmente por Ley 31/2014), nos hace pensar que tiene un contenido que lo permite diferenciarlo del administrador de un patrimonio ajeno no societario, lo que lleva a una modalidad delictiva del delito de administración desleal ajeno *sui generis*, no tanto por sus consecuencias penales, que no se diferencian de la otra modalidad, cuanto por el contenido del tipo objetivo en su conducta típica y en la delimitación de los sujetos activos. En la conducta típica la remisión a la normativa extrapenal constituida básicamente por la Ley de Sociedades de Capital, ya citada, que es la que configura el estatuto legal del administrador social permite diferenciar claramente su contenido de la conducta típica de los administradores no sociales.

⁴ Penas del delito de estafa del art. 249 o, en su caso, las del art. 250 CP (supuestos agravados), con la previsión de una simple pena de multa de uno a tres meses si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, en calidad de delito leve, *ex art. 252.2 CP*. Obsérvese, en este último extremo, que las SSTS -2ª- 655 y 1046/2010, de 29 noviembre (Sánchez Melgar) destacaban en el derogado art. 295 CP/95 la indiferencia del valor económico del perjuicio económico causado considerando que siempre sería delito y nunca falta.

Por otra parte, hay que recordar con la doctrina que el origen de esta modificación legislativa fue la problemática planteada en la delimitación de las conductas entre la anterior apropiación indebida del art. 252 CP/95, en la modalidad de distracción de bienes o valores, y el delito de administración desleal societario del art. 295 CP/95. Problemática que surge a raíz de la modificación legislativa de 1995, que introduce el delito del art. 295 CP/95 y que suscitó sus dudas aplicativas frente a hechos que ya venían castigados en el anterior delito de apropiación indebida del art. 535 CP/73, que fue derogado, o en el art. 252 CP/95, que regulaba la apropiación indebida según la modificación ya citada de 1995.

Si perjuicio de otros precedentes (cfr. FARALDO, 2015, 358), el caso judicial determinante del criterio del concurso de normas entre el delito del art. 252/95 y el del art. 295/95, haciendo prevalecer el art. 252 CP/95 ex art. 8.4 CP (infracción más grave), fue el de Argentia Trust, que afectaba al banquero Mario Conde, el cual fue resuelto por la STS -2^a- 224/1998, de 26 febrero (Jiménez Villarejo).

En la resolución de este caso, desoyendo las tesis del condenado que lo había sido por el delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95 (-heredero del art. 535 CP/73 vigente a la fecha de los hechos-) y la del fiscal, que entendían que los hechos debían penarse por el nuevo delito de administración desleal del art. 295 CP/95, se zanjó la polémica interpretativa a favor de la aplicación del delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción de bienes o valores, iniciando una trascendental corriente jurisprudencial que sólo se vio quebrada o matizada a favor del concurso de delitos por las SSTS -2^a- 915/2005, de 11 julio, 565/2007, de 21 junio, 623/2009, de 19 mayo (todas ellas, ponente Colmenero) y por la STS -2^a- 294/2013, de 4 abril (Marchena), a las que siguen otras que relacionamos al final de este trabajo como jurisprudencia reciente desde el año 2014 a 2015.

En efecto, la STS -2^a- 224/1998, de 26 febrero citada, en sus FFJJ 6º, 7º y 8º señaló la tesis referida. Tesis que, como se ha indicado, fue seguida por la jurisprudencia posterior con algunas matizaciones aunque, ciertamente, no siempre aparezca la cita de esta sentencia en los antecedentes jurisprudenciales que suelen fundamentar las sentencias del Supremo.

Así, puede leerse en los FFJJ 6º, 7º y 8º de la sentencia del caso Argentia Trust, lo siguiente:

"Sexto: Los motivos cuarto y sexto del recurso pueden ser objeto de un análisis conjunto. En el motivo cuarto, al amparo del art. 849.1 LECrim., se denuncia la aplicación indebida del art. 535 CP 1973, en relación con los arts. 528 y 529.7 y 8 del mismo texto vigente cuando los hechos ocurrieron --arts. 250.6 y 252 CP 1995-- porque, no constando la efectiva apropiación o apoderamiento de fondos por parte del imputado y deduciéndose de los hechos probados un mero acto de disposición y correlativo desplazamiento patrimonial en perjuicio de la entidad bancaria, ello sólo podría constituir, en su caso, un supuesto de administración fraudulenta o desleal del patrimonio societario, conducta incriminada a partir de la entrada en vigor del CP 1995 que la prevé en su art. 295, pero atípica en el marco del art. 535 del Texto derogado. En el sexto motivo, que ha sido apoyado por el MF, al amparo de la misma norma procesal se denuncia la indebida preterición del art. 295 CP vigente con el argumento de que, aun admitiéndose que las conductas de administración desleal o fraudulenta estuviesen comprendidas en el art. 535 CP derogado, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable obligaría a la aplicación del art. 295 CP vigente. El evidente parentesco de ambos motivos de impugnación y el carácter subsidiario del sexto en relación con el cuarto, aconsejan estudiarlos y resolverlos simultáneamente.

Séptimo: Antes de la reforma operada en 1983 en el CP 1973, el art. 528, definidor de la estafa en los términos amplísimos que se recordarán --«el que defraudare a otro»-- podía ser utilizado quizás para el castigo de una amplia gama de conductas fraudulentas susceptibles de ocasionar un perjuicio patrimonial. La redacción impuesta por la LO 8/1983, convirtiendo el engaño en el elemento nuclear de la estafa y perfeccionando la redacción del tipo de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, convirtió en imposible la subsunción en el men-

cionado precepto de cualquier comportamiento fraudulento en que no se hubiese utilizado como medio comisivo el engaño, entre otros y muy principalmente, los actos de administración fraudulenta. A raíz de dicha reforma y durante algún tiempo, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia dominante consideraron que tales actos habían quedado en buena medida despenalizados porque, de una parte, se decía que la producción dolosa de un perjuicio en un patrimonio ajeno cuya administración ha sido confiada al autor del empobrecimiento no es normalmente resultado de una maniobra engañosa sino del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado, lo que no permitiría sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos y, de otra, se razonaba que, siendo un bien fungible el dinero objeto de la acción, la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración no afecta a la propiedad sino al patrimonio que no es una cosa mueble sino un conjunto de activos y pasivos, lo que constituiría un obstáculo para la apreciación del delito de apropiación indebida descrito, como delito contra la propiedad, en el art. 535 CP derogado. No obstante, esta interpretación excesivamente restrictiva del viejo art. 535 no era compatible ni con las exigencias de política criminal propias de una sociedad compleja industrial o postindustrial ni --ello es lo decisivo-- venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto. Lo cierto es que en el art. 535 CP derogado se yuxtaponían --como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente-- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraiendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida --claramente aco-gida y expuesta en las sentencias de esta Sala de 7 y 14 Mar. 1994 e indirectamente presente en la de 30 Oct. 1997 en la que expresamente se descarta el delito de apropiación indebida pero por no haber sido objeto de acusación-- el uso de los verbos «apropiarse» y «distraer» en el art. 535 CP 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo --aunque tampoco quepa descartarla-- la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en «saber lo que se hace y querer lo que se sabe».

Octavo: Resuelta afirmativamente la cuestión de si pueden ser subsumidos en el tipo de apropiación indebida previsto en el art. 535 CP derogado los actos de administración desleal o fraudulenta, ha de ser forzosamente rechazada la pretensión, mantenida en el cuarto motivo del recurso, de que, incluyendo en dicho tipo penal la conducta del acusado --la que observó concretamente disponiendo de 600.000.000 ptas. en perjuicio del Banco E.-- se ha penalizado un hecho que cuando se cometió era atípico y que hoy sería punible sólo incardinándolo en el art. 295 CP vigente, naturalmente de imposible aplicación retroactiva. Pero también ha de ser rechazada la pretensión, deducida subsidiariamente con respecto a la anterior en el sexto motivo y apoyada por el MF, según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295 sino por el art. 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del

primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud --e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada-- que tenía en el CP 1973. El art. 295 CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del art. 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolos, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el art. 295 CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida aplicando el art. 252 y no el art. 295, ambos CP vigente. En consecuencia, ni se ha penalizado en la sentencia recurrida un hecho que fuese atípico en el momento de su comisión --como equivocadamente se sostiene en el cuarto motivo-- ni sería admisible aplicar el art. 295 CP vigente para castigar con pena menor un hecho que estaba comprendido, cuando se cometió, en el art. 535 CP derogado y hoy lo está en el art. 252 del vigente, con lo que también queda desestimado el sexto motivo del recurso. Todavía, sin embargo, debemos agregar unas palabras para subrayar la corrección técnica de la operación subsumidora del hecho enjuiciado en el delito de apropiación indebida. Un acto como el relatado en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida --que ha quedado incólume por lo que se refiere al desplazamiento patrimonial sufrido por el Banco E. y determinado por la transferencia de la suma tantas veces mencionada a la cuenta corriente de A. T. en E. Bank Corporation-- es uno de los actos más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina «tipo de infidelidad». La finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo. El acusado, como Presidente del Consejo de Administración del Banco E., en quien habían sido delegadas las más amplias funciones de administración, tenía el deber de ser el más celoso gestor de los intereses del Banco, pese a lo cual incumplió, de la forma más clamorosa, dicho deber realizando un acto de disposición --para el que sin duda estaba facultado siempre que con el mismo no quebrantase sus deberes de lealtad y probidad-- mediante una orden de transferencia, no justificada por contraprestación alguna en beneficio del Banco E., en favor de una entidad que, por sus peculiares características, permite asegurar fue meramente vehículo para orientar el dinero en dirección desconocida. Nos encontramos, pues, ante una conducta que encaja perfectamente en el llamado «tipo de infidelidad», subsumible en el art. 252 CP vigente como delito de apropiación indebida y en el art. 250.6 por la especial gravedad de la entidad del perjuicio, por lo que procede rechazar la denuncia casacional de que estas normas han sido indebidamente aplicadas en la sentencia recurrida. Este Tribunal no debe entrar, por lo demás, en el problema de si el delito de apropiación indebida apreciado debe ser castigado con arreglo al CP vigente o de acuerdo con el derogado, habida cuenta de la función exclusivamente revisora del recurso de casación y de que dicho problema no ha sido planteado ni debatido en este recurso”

Es decir, lo que se suscitó en el TS al resolver el caso Argentia Trust (1998) es si en 1995 con el llamado “Código penal de la Democracia” la administración fraudulenta o desleal de bienes antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP de 1973, cuando se refería al ámbito societario, había quedado sustituida por el nuevo art. 295 CP/95 que se introducía como delito de administración desleal de patrimonio social, el cual tenía una penalidad menor, ya que se castigaba con pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido frente a la de la apropiación indebida que por remisión a los arts. 249 (estafa) y 250 CP (supuestos agravados) suponía penas mayores en los supuestos agravados de elevada cuantía -art. 250.1.5º CP del anterior superior a 50.000 €- (prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses) que eran, normalmente, los aplicables.

Siendo resuelta la duda a favor de negar esta sustitución del anterior art. 535 CP/73 por el art. 295/95 y decir que la administración fraudulenta se seguía castigando en una de las modalidades del delito de apropiación indebida que se establecían en el nuevo art. 252 CP/95, el cual heredaba el contenido del anterior art. 535 CP/73, encontrándonos en presencia de un concurso de normas o leyes a resolver conforme al art. 8.4 CP por el criterio de la aplicación de la norma más grave.

De esta forma, se evitaba el menor castigo para los administradores societarios por la comisión de estos hechos fraudulentos o desleales que hubiera supuesto aplicarles el art. 295 CP/95 en lugar del art. 252 CP/95. Las consecuencias eran notorias porque de aplicarse el art. 295 CP/95, que tenía como alternativa a la pena de prisión una pena de multa, los condenados se libraban de la prisión solventando su responsabilidad penal con una simple multa.

En definitiva, se pretendió que la reforma penal de 1995 no resultara favorable a esos comportamientos fraudulentos mediante la aplicación del tipo penal específico del delito societario del art. 295 CP/95 en lugar del delito de apropiación indebida del art. 252 CP/95 en su modalidad de distracción o administración fraudulenta. Ya que, de haberse aplicado el nuevo art. 295 CP/95 se hubiera dado la paradoja que los administradores sociales tenían un trato privilegiado o más benévolos que el resto de los administradores, con penas de prisión inferiores o incluso alternativamente con sólo multas, cuando el desvalor de su conducta debe ser considerado superior al afectar a un patrimonio social y no individual.

Por otra parte, como recordaba el Consejo Fiscal en su informe de fecha 8 enero 2013 al Anteproyecto de reforma del CP de octubre 2012⁵, en esta materia, “la relación entre ambos preceptos ha sido muy polémica. La jurisprudencia ha mantenido que el actual 252 CP sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: la que consiste en la apropiación propiamente dicha, que comete el poseedor legítimo que incorpora a su patrimonio las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y la distracción o gestión desleal que se comete perjudicando patrimonialmente a su principal distractivo el dinero cuya disposición tiene el autor a su alcance.

La acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible la concurrencia del *animus rem sibi habiendi*, sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

Además, la relación entre ambos tipos ha ido evolucionando en la jurisprudencia.

En un principio sostuvo ésta que entre ambas figuras delictivas existía un solapamiento o coincidencia, dando a la modalidad de “distracción” de la apropiación indebida un ámbito de aplicación muy amplio (STS -2ª- 224/1998, de 26 de febrero, Argentia Trust).

Pero pronto vio que esto podía vaciar de contenido el 295 CP.

Posteriormente, por ello, ha propuesto la siguiente separación (línea que se inicia con la STS de 11 de mayo de 2005): el 295 castigaría un abuso de poder, es decir, se trataría de un exceso intensivo en sus competencias, en el cual el sujeto actúa dentro de las mismas, pero de modo desleal e infiel, mientras que el 252 castigaría una extralimitación en el poder, o sea, un exceso extensivo en el ejercicio de las competencias: el autor actúa fuera de lo que específicamente le permite el título por el que recibe los bienes.

Lo fundamental para aplicar la apropiación indebida en su modalidad de distracción estribaría en la existencia de una obligación concreta de disposición que el administrador incumple y no la obligación genérica de administrar lealmente.

⁵ Hubo una versión de fecha 16 julio 2012, en la que no se recogía esta reforma y una posterior de fecha 3 abril 2013, que ya no pasó a informe del CGPJ y Consejo Fiscal antes de transformarse en Proyecto de Ley de 20 septiembre 2013.

En cambio, siempre que una conducta no esté sometida a obligaciones específicas de entrega o devolución, o respete dichas obligaciones pero vulnere los deberes de lealtad genéricos de administración leal y fiel, será una conducta de administración desleal del 295 CP.

En definitiva, para un sector jurisprudencial la administración desleal supone actuar dentro de las funciones del administrador, dentro de los límites, pero indebidamente ejercidas, lo que equivaldría a un ejercicio abusivo (STS de 17 de julio de 2005); en la apropiación indebida se actuaría fuera de lo que el título de recepción permite, superando las facultades del administrador. En cambio, para otro sector jurisprudencial, actuar con abuso de las funciones propias del cargo significa hacerlo sin respetar los límites de las atribuciones concedidas a los administradores por la ley o los estatutos sociales, y por tanto, sobre pasando los límites normativos establecidos (AN 13-4-05) (deberes de fidelidad)”

En síntesis, de ahí que la jurisprudencia, finalmente, acabara deslindando ambos delitos en función al criterio del exceso *intensivo* o *extensivo* del administrador, considerando que sería delito de apropiación indebida cuando el administrador se había excedido *más allá* de sus facultades (*exceso extensivo*) mientras que sería administración desleal cuando lo hubiera hecho *dentro* de sus facultades (*exceso intensivo*)

Como sosteníamos en otro estudio nuestro (DOLZ LAGO, 2014) la jurisprudencia sobre los supuestos concursales con el delito de apropiación indebida estaba en quiebra matizada, ya que si bien es cierto que en las primeras sentencias donde se estudió esta cuestión, sobre hechos cometidos antes de la vigencia del CP 1995, por mor de su aplicación más favorable al contener el delito societario del art. 295 CP/95 penas inferiores que el de apropiación indebida del art. 252 CP/95, se optó por la teoría de los círculos secantes para explicar geométricamente el concurso de normas o leyes y aplicar el criterio del delito más grave, en virtud del llamado principio de alternatividad del art. 8.4 CP, en detrimento del de especialidad, dada la penalidad más benévola del precepto especial que era el delito societario, no es menos cierto que ya en los años 2005, 2007, 2009 y 2013 surgen sentencias que se apartan de la teoría del concurso de normas para matizar el mismo y dar sustantividad propia al delito societario frente a la apropiación indebida negando que, en realidad, estemos en presencia de delitos que se solapan.

Fue significativa la conferencia dada en 2009 por el entonces magistrado de la Sala 2^a TS, Adolfo PREGO, publicada en el *Diario La Ley* nº 719 de 20 febrero 2009, titulada “Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación”, que sigue las tesis de las SSTS -2^a- 915/2005, de 11 julio y 565/2007, de 21 junio (ambas de Colmenero) y adelanta los criterios expresados en la STS -2^a- 294/2013, de 4 abril (Marchena).

En efecto, como ya se ha expuesto *supra*, la STS -2^a- 224/1998, de 28 febrero (Jiménez Villa-rejo) Caso Argentia-Trust ya apostó por el concurso de normas, la STS -2^a- 867/2002, de 26 febrero (Martín Pallín), Caso Banesto se refirió a las figuras geométricas de los círculos concéntricos y secantes, que había expresado Conde-Pumpido Ferreiro en unos comentarios doctrinales, en 1997. Le siguen en esa tesis las SSTS -2^a- 15-12-2000, 7-11-2002, 22-10-2003, 26-07-2004 y 2-11-2004 hasta que la STS -2^a- 915/2005, de 11 julio (Colmenero) quiebra matizadamente la teoría del concurso de normas a favor del concurso de delitos.

No obstante lo cual, mantienen con posterioridad la teoría del concurso de normas las SSTS -2^a- 23-11-2005, 7-06-2006, 17-06-2006, 11-07-2005 y 11-04-2007 hasta que de nuevo, la STS -2^a- 565/2007, de 21 junio (Colmenero) vuelve a quebrar esa línea jurisprudencial mayoritaria así como se explica en la STS -2^a- 623/2009, de 19 mayo, del mismo ponente.

La STS -2^a- 707/2012, de 20 septiembre (Berdugo) recuerda los avatares de esta evolución jurisprudencial resumiendo la misma y señalando que cuando el exceso del administrador es intensivo (esto es dentro de sus funciones) estaríamos en el delito societario mientras que si es extensivo (fuera de su función) estaríamos ante la apropiación indebida. Anotando, en último término, que el criterio doctrinal del apoderamiento podría servir para estas distinciones, al señalar que si lo hay es apropiación indebida y si no, administración desleal.

Estos criterios, exceso intensivo o extensivo, o apoderamiento, desde nuestro modesto punto de vista, tampoco parecían muy convincentes cuando el texto legal del delito societario de la administración desleal del art. 295 CP/95 habla de abuso de funciones, lo que puede situar la conducta fuera de estas funciones al excederse de las mismas, y de beneficio propio o de tercero, por lo que puede pensarse que no se descarta el apoderamiento en el delito del art. 295 CP/95, salvo que se entienda que el apoderamiento sea *definitivo*, que si situaría esta conducta fuera de las previsiones de este precepto a favor del delito de apropiación indebida.

Con posterioridad, las SSTS -2^a- 91/2013 y 294/2013, de 4 abril (ambas, Marchena) se alinearon en la negación del concurso de normas, dando sustantividad propia y diferenciada al delito societario de administración desleal frente a la apropiación indebida, entendiendo que estamos ante un concurso ideal de delitos⁶, desde las perspectivas anotadas en el 2005, 2007 y 2009, al parecer, con un horizonte en el que se atisaba la asunción de este último criterio por la corriente jurisprudencial mayoritaria hasta el momento anterior a la reforma penal de 2015, como se deduce de las SSTS -2^a- 517/2013, de 17 junio, 656/2013, de 22 julio y 765/2013, de 22 octubre, todas, Conde-Pumpido Tourón; o SSTS -2^a-206/2014, de 3 marzo (Sánchez Melgar), 338/2014, de 15 abril (Varela), 691/2014, de 23 octubre (Ferrer), 784/2014, de 20 noviembre (Giménez) y STS -2^a- 433/2015, de 2 julio (Granados)⁷

La STS -2^a- 433/2015, de 2 julio (Granados), citada, ya vigente la reforma penal 2015, a modo de resumen de lo expuesto, en su FJ 8º afirma:

“(...) Con la reforma operada por la LO 1/2015 se resuelve el problema que suscitaba la diferenciación entre el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, y el delito de societario de administración desleal, que se suprime con esta reforma. Sobre esta cuestión, se ha producido una evolución en la posición mantenida por el Tribunal Supremo ya que la más reciente jurisprudencia ha venido a superar la llamada relación de intersección del ámbito típico de ambas figuras, *círculos secantes*, que consideraba existente un concurso de normas que se resolvía por la vía del art. 8.4 del CP, principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena, y se ha centrado en diferenciar la clase de exceso cometido, que puede ser intensivo o extensivo. Así, para aplicar el delito del artículo 295, se exige que el administrador desleal, al que éste artículo se refiere, actúe en todo momento como tal administrador, y que lo haga dentro de los límites que proceduralmente se señalan a sus funciones. "El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador" (STS núm. 915/2005 de 11 julio), suponiendo un exceso extensivo. También se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto, que en el delito de apropiación indebida por distracción se referiría a un supuesto de administración de dinero.

Los distintos criterios que permiten diferencias estas dos figuras delictivas vienen expresados en la Sentencia 765/2013, de 22 de octubre, en la que se declara que esta Sala ha recordado en las STS núm. 91/2013, de 1 de febrero, 517/2013, de 17 de junio, y 656/2013, de 22 de julio, que existen posiciones diferentes en las resoluciones que se han esforzado en ofrecer pautas interpretativas acerca de la relación entre los delitos de apropiación indebida y administración desleal. Una línea jurisprudencial explica la relación entre ambos preceptos como un concurso de principio de alternatividad, esto es, sancionando el delito que ofrece mayor pena. Señala en este sentido la STS 1217/2004 de 22 de enero "que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido

⁶ Tesis por la que apuestan, entre otros autores, LUZÓN PEÑA y ROSO (2010)

⁷ Véase epígrafe 5 de este trabajo sobre relación extractada de jurisprudencia reciente, años 2014 a 2016.

⁸ Debería establecerse en la presidencia de la Sala 2^a TS un mecanismo homogeneizador de su propia jurisprudencia, que seleccionara y simplificara las autocitas para mejor comprensión de la materia tratada, evitando el caos de las citas que se realizan en las propias sentencias y, por ende, en la doctrina, con indudables efectos negativos posteriormente en la legislación.

por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973 . El art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolos para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetren en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP , es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, de 27 de noviembre; 867/2002, de 29 de septiembre; 1835/2002, de 7 de noviembre y 37/2006, de 25 de enero".

En otras ocasiones se fija la distinción en el hecho de que la actuación delictiva se realice, o no, dentro de las facultades del administrador. Así la STS 915/2005, 11 de julio señala que "cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el artículo 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que proceduralmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del artículo 295, supone una disposición de los bienes cuya administración le ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (SSTS 841/2006, 17 de julio y 565/2007, 4 de junio".

La STS núm. 91/2013, de 1 de febrero, siguiendo la STS 462/2009, 12 de mayo, se refiere también a otras distinciones señaladas en el ámbito doctrinal, "también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo

de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropiá desvía los bienes -también el dinero- hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP .

Acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador".

Estimamos que debe acogerse la concepción expresada en esta última resolución (STS 462/2009, 12 de mayo, en el sentido de que en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican necesariamente apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

Así se estima en la STS 517/2013, de 17 de junio, y se ratifica en la STS 656/2013, de 22 de julio, que la diferencia entre ambas figuras radica en que en la administración desleal se incluyen las actuaciones abusivas y desleales de los administradores que no comporten necesariamente expropiación definitiva de los bienes de que disponen, en beneficio propio o de tercero, y en la apropiación indebida se incluyen los supuestos de apropiación genuina con "*animus rem sibi habendi*" y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad", siendo esta diferencia la que justifica la reducción punitiva, que en ningún caso resultaría razonable si las conductas fuesen las mismas y sin embargo se sancionasen más benévolamente cuando se cometan en el ámbito societario, por su administrador.

Expuestas las distintas posiciones defendidas para diferenciar el delito societario de administración desleal, que como delito societario desaparece con la reforma operada por LO 1/2015, del delito de administración desleal genérico, en la modalidad de apropiación indebida por distracción, puede comprobarse, dados los hechos que se declaran probados en el supuesto que examinamos, que no puede aplicarse, como se pretende en el motivo, la administración desleal societaria ya que no encajan en ninguna de las posiciones antes expuestas para delimitar esa figura delictiva. Efectivamente, como se señala por el Tribunal de instancia, los acusados recurrentes han realizado actos de apropiación que, aunque lleven aparejada deslealtad, de ningún encajan en las facultades del administrador"

Con posterioridad, la STS -2^a- 476/2015, de 15 julio (Jorge Barreiro) incide en la misma materia y omite en su fundamentación la STS -2^a- 433/2015, de 4 julio (Granados), lo cual sorprende al ser prácticamente coetánea⁸. La STS -2^a- 719/2015, de 10 noviembre (Sánchez Melgar), citando la STS -2^a- 476/2015, de 15 julio, sintetiza y concluye que “la diferencia entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal con arreglo a los criterios jurisprudenciales, se ha de cifrar en lo siguiente: Cuando el acusado dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, ha de aplicarse el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 del C. Penal). Se aplica el delito societario del art. 295 del C. Penal cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por darle un destino al dinero distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce”

Esto no obstante, en contra de lo que expresa la jurisprudencia más reciente, creemos que el horizonte confuso de la delimitación de las figuras delictivas de administración desleal de patrimonios ajenos y apropiación indebida no ha sido despejado por la reforma penal de 2015, como aparentemente parecía que lo había hecho, ya que actualmente podrá darse el concurso de delitos entre el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015 y la apropiación indebida del art. 253 CP/2015 si concurren conductas de los administradores netamente apropiatorias –art. 253 CP/2015- (volveremos a interpretar cuando estamos ante una “apropiación de dinero” o ante una administración desleal) con las de abuso de sus funciones –art. 252 CP/2015, si bien, ciertamente, las consecuencias punitivas ante la elección de uno u otro tipo delictivo sean las mismas por tener igual penalidad el art. 252 CP/2015 que el art. 253 CP/2015. Por otro lado, nada impide que pueda plantearse un concurso medial de delitos⁹ cuando la administración desleal ex art. 252 CP/2015 sea medio necesario para cometer la apropiación indebida del art. 253 CP/2015 ex 77.1 *in fine* CP¹⁰.

MANZANARES (2015, 219) sostiene que “Los posibles concursos podrían resolverse de forma similar a como se hace en Alemania. La apropiación indebida (&246 de aquel Código) cedería ante la administración desleal (&266) si el autor hubiera tenido ya la voluntad de apropiación al realizar el tipo de administración desleal. Por el contrario, se produciría un concurso real si dicha voluntad surgiera tras haberse consumado aquel delito. El concurso sería ideal con el hurto (&242) si se dieran simultáneamente los requisitos de ambas figuras delictivas. La situación se repetiría con nuestros artículos 252 y 253”

Otro sector de la doctrina (BACIGALUPO, 2015) advierte que se volverá a plantear la delimitación entre la administración desleal del art. 252 CP/2015 y la apropiación indebida del art. 253 CP/2015 porque este último precepto sigue refiriéndose en su conducta típica a apropiación de “dinero”, el cual propiamente no puede ser objeto de apropiación porque al ser una cosa fungible su transmisión implica ya su propiedad, por lo que no cabe apropiarse de lo que es ya propiedad de uno, estando obligado el receptor no a devolver el mismo dinero recibido sino otro tanto de la misma especie y calidad (cfr. art. 1753 Código Civil)¹¹

La reforma de 2015 ha querido dar autonomía al delito de administración desleal de patrimonio ajeno en el nuevo art. 252 CP, superando las oscuras interpretaciones jurisprudenciales y doc-

⁹ En el mismo sentido, CADENA, 2016, el cual amplía las relaciones concursales con el delito de malversación de caudales públicos (en concurso de normas) y con el delito de corrupción entre particulares del art. 286.bis.1 CP (en concurso medial de delitos “cuando la infracción de los deberes de lealtad que provoque un daño al patrimonio administrado traiga su causa de la corrupta influencia de un tercero que ofrece un soborno”)

¹⁰ Entre las más recientes, recuérdese que la jurisprudencia ha admitido el concurso de delitos del delito de administración desleal y la falsedad de uso (v.gr. STS -2^a- 206/2014, de 3 marzo -Sánchez Melgar-), con falsedad en documento mercantil (STS -2^a- 441/2014, de 5 junio- Marchena-; 477/2014, de 10 junio -Martínez Arrieta-negación de derechos de los socios), con falsedad contable (STS -2^a- 464/2014, de 3 junio -Palomo-concurso medial), con insolvencia punible en concurso real (STS -2^a- 808/2014, de 25 noviembre -Maza)

¹¹ Tesis que refuta gran parte de la doctrina y jurisprudencia al entender, con la opinión inicial de VIVES ANTÓN (1993) que si bien es cierto que el que entrega dinero da un bien fungible también lo es que adquiere un derecho de crédito frente al depositario de ese dinero de forma que el bien jurídico en el delito de apropiación indebida no es la propiedad del dinero sino su valor. Cfr. CADENA, 2016.

trinales, surgidas a partir de la reforma penal de 1995, en torno a su delimitación con el delito de apropiación indebida, cuya verdadera *ratio* como se ha expuesto *supra* era evitar un trato punitivo más favorable a los administradores sociales, que pudiera evitarles eventualmente la prisión, frente a los demás administradores (recuérdese que el anterior art. 252 CP/95 se refería entre los títulos traslativos de la posesión a “la administración”).

Pero no lo ha conseguido.

En el informe del Consejo Fiscal citado se mencionan como antecedentes de Derecho comparado los siguientes:

“Tres son los países que tienen una regulación semejante a la que propone el texto del Anteproyecto: Portugal, con un tipo básico y otro cualificado cuando los hechos afecten al sector público o cooperativo, Alemania –cuyo artículo 266 muestra una sensible influencia sobre el Prelegislador español, al que sin duda ha servido de modelo– y Austria.

PORUGAL: Art. 224.1 (Infidelidad): quien, habiéndole sido confiado, por ley o por acto jurídico, el encargo de disponer de intereses patrimoniales ajenos o de administrarlos o fiscalizarlos, causare a esos intereses, intencionalmente y con grave violación de los deberes que le incumben, un perjuicio patrimonial importante, será castigado con pena de prisión de hasta tres años o con pena de multa. Art. 235 (Administración dañosa). 1. El que, infringiendo intencionalmente normas de control o reglas económicas de una gestión racional, provoque daño patrimonial importante en una unidad económica del sector público o cooperativo será castigado con la pena de prisión de hasta 5 años o con pena de multa de hasta 600 días. 2. La punición no tendrá lugar cuando el daño se verifique contra la expectativa fundada del agente.

ALEMANIA: Parágrafo 266: Untreue (infidelidad). El que abuse de una facultad para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, concedida por la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico, o lesione un deber de defender intereses patrimoniales ajenos que le incumbe, fundado en la ley, en un encargo de la autoridad, en un negocio jurídico o en una relación de confianza, y por ello causa un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía que cuidar, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa.

AUSTRIA. 153.1 (Untreue). El que intencionadamente abuse de una facultad concedida por la ley, por encargo de la autoridad o por negocio jurídico para disponer del patrimonio ajeno o para obligar a otro, y por ello le cause a éste un perjuicio patrimonial, será castigado con una pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días”

En definitiva, en la reforma penal del 2015 se simplifican los delitos, de forma que quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete delito de apropiación indebida (ahora regulado en el art. 253 CP/2015), mientras que quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, sobre las que no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie, y realiza actuaciones para las que no ha sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.

No obstante lo anterior, nos preguntábamos si era necesaria la permanencia del delito societario del derogado art. 295 CP/95 de administración desleal de patrimonio social, al margen de la nueva tipificación del delito de administración desleal de patrimonio ajeno, llegando a la conclusión que si era necesaria esta figura delictiva por tener sustantividad propia dentro de los delitos societarios y responder a exigencias político-criminales distintas a la mera administración desleal de patrimonio ajeno, cuales son las derivadas de la protección de la función económico social de las sociedades mercantiles en el sistema económico.

Veamos estas consideraciones que, si bien no se han tenido en cuenta por el legislador, no omitimos en aras a futuras reformas legislativas, sobre todo porque también han sido asumidas

por las opiniones más autorizadas de la doctrina (FARALDO, 2015, 417 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN, 2015, 558; CARDONA, 2015; GILI, 2015, 770; CADENA, 2016) y por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 16 enero 2013 al Anteproyecto de la reforma.

Nuestro razonamiento partía de la necesidad de la permanencia del art. 295 CP/95 como delito societario agravado, el cual frente al nuevo art. 252 CP/2015 operaría en una relación concursal de leyes, siendo prioritaria su aplicación en virtud del principio de *lex specialis* conforme al art. 8.1 CP.

Las razones que abonan esta tesis son las siguientes:

a) Sujetos activos

El delito societario del derogado art. 295 CP/95, calificado como delito especial propio, era más preciso que el art. 252 CP/2015, para el ámbito societario, dado que se refería a «*Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación...*».

El art. 252.1.º CP/2015 delimita al sujeto activo con la siguiente frase: «*los que teniendo facultades para disponer de un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*».

Con el nuevo puede pensarse que quedan fuera del mismo sujetos que actualmente estarían comprendidos, como los administradores de hecho o –quizás– los socios de cualquier sociedad en formación, que parecen no encajar en la nueva delimitación del sujeto activo que hace el art. 252.1.º CP/2015. Esta cuestión traerá problemas interpretativos.

En cuanto a la exclusión de los administradores de hecho, dicho criterio también con posterioridad lo comparte FARALDO (2015, 419) expresando que ahora se va a plantear una polémica innecesaria, habiéndose perdido toda la elaboración doctrinal que se había realizado en torno al concepto de administrador de hecho a raíz del art. 295 CP/2015¹².

Compartimos con esta autora la discrepancia que expresa en relación con la interpretación que realiza el informe del Consejo Fiscal de fecha 8 enero 2013 al Anteproyecto a esta cuestión, entendiendo el Consejo que no están excluidos los administradores de hecho al serles aplicable el art. 31 CP.

Sin embargo, como afirma FARALDO (2015, 419) “Pero este precepto se refiere a la extensión de la responsabilidad penal al administrador de hecho “*aun cuando no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre y representación obre*””. Sólo es aplicable, pues, al administrador de hecho de una persona jurídica que desempeñe el cargo de administrador de otra persona jurídica, no al que aquí nos ocupa”.

Es decir, para que opere el art. 31 CP extendiendo la responsabilidad penal al administrador de hecho en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno es necesario que éste actúe en representación de una persona jurídica (cfr. que el art. 212 bis TRLSC 2010 permite la designación de una persona jurídica como administrador social), o en nombre o representación voluntaria de otro. Tiene que existir, previo al administrador de hecho, un administrador de derecho que actúe como administrador del patrimonio ajeno, en el que se den las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo. Si esto es así, dado que en este delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252/CP 2015 no está previsto que pueda cometerse por personas jurídicas ex art. 31 bis CP, si el administrador de derecho es una persona jurídica que administra el patri-

¹² En contra, CADENA, 2016, que conforme al criterio del Consejo Fiscal entiende que tienen cabida los administradores de hecho a través de la vía del art. 31 CP.

monio ajeno societario de otra persona jurídica no se daría en el que actuare en su nombre, en calidad de administrador de hecho, la cualidad de sujeto activo del delito del art. 252 CP/2015, porque este delito no admite que sean sujetos activos personas jurídicas.

De ahí, que no se comprenda la posición de CARDONA (2015) favorable a la admisión del administrador de hecho por esta vía apoyándose en el art. 31 bis CP, que es un precepto penal genérico de responsabilidad penal de personas jurídicas “*en los supuestos previstos en este Código*”, lo que traslada la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la regulación específica de cada delito. Tampoco sería admisible el argumento que esgrime este autor refiriéndose a la extensión de la responsabilidad mercantil a los administradores de hecho que admite el art. 236.3 TRLSC 2010 porque esta es una norma mercantil y no penal, que no puede integrar la norma penal cuando ésta expresamente no prevé el supuesto contemplado, en virtud del principio de taxatividad que rige en las normas penales y la prohibición de analogía penal ex art. 4.1 CP

Sólo restaría considerar el caso en que el administrador de derecho del patrimonio ajeno societario sea una persona física y alguien actuare en su nombre en concepto de administrador de hecho. Sólo en este caso, por esta vía, podría plantearse la admisibilidad de la autoría de un administrador de hecho conforme al art. 31 CP.

Por otro lado, piénsese, v.gr. que en el caso de los socios, la nota de «ajenidad» de los intereses patrimoniales que exige la nueva administración desleal de patrimonio “ajeno” del art. 252 CP/2015 quizás no pueda invocarse que concurre para un socio de la propia sociedad perjudicada, ya que el patrimonio de esa sociedad no le es ajeno al ser también suyo en la participación de capital que tuviera suscrita.

Ante esta observación, el Consejo Fiscal, en su citado informe sostiene que también pueden ser sujetos activos del nuevo delito del art. 252 CP/2015 los socios, indicando lo siguiente: “(...) porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apoderamiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común es ajena en todo lo que excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981)”

Ciertamente, tenemos que convenir que sólo si se considera que el objeto material protegido en el nuevo delito del art. 252 CP/2015, en caso de sociedades mercantiles, es el patrimonio social ajeno y que la titularidad jurídica, que no económica, de este la tiene la sociedad y no sus socios, podrá salvarse la objeción de la posible exclusión de los socios en el concepto de administradores del nuevo delito, pudiéndose considerarse también a los socios sujetos activos del delito, sobre todo en donde es más posible que sean administradores como es el caso de las sociedades personalistas.

Desde esta perspectiva, convenimos con CARDONA (2015) que “(...) Donde no hay duda de que pueda ser responsable penalmente el socio es en el supuesto previsto en el art. art. 252 LSC sobre administración de la sociedad comanditaria por acciones, al disponer que “la administración de la sociedad ha de estar necesariamente a cargo de los socios colectivos, quienes tendrán las facultades, los derechos y los deberes de los administradores de la sociedad anónima. El nuevo administrador asumirá la condición de socio colectivo desde el momento en que acepte el nombramiento”

Ya en sede del delito de malversación de caudales públicos ex arts. 432 a 435 CP/2015, en su modalidad de administración desleal, entrarían como sujetos activos los administradores de entidades públicas y los administradores concursales (CARDONA, 2015).

Por último, en cuanto a la responsabilidad de varios administradores colegiados, CARDONA (2015) sostiene que “pueden ser todos ellos sujetos activos o no, según la responsabilidad individual de cada uno en la acción dolosa que haya determinado la administración desleal; tanto

en caso de administradores mancomunados, que responden de forma conjunta, como en el de administradores solidarios, en que cada uno puede actuar de forma unitaria e independiente con plenos efectos. Pero deberá dilucidarse la responsabilidad penal de cada administrador colegiado en función a su actuación delictiva como posible autor, inductor, cooperador necesario o cómplice (...) Lo mismo cabe decir cuando la administración se ejerce conjuntamente por el consejo de administración (art. 210.1 LSC), salvo que la administración desleal se haya efectuado únicamente por el consejero delegado nombrado por el consejo de administración con las facultades previstas en el art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital”

b) Sujetos pasivos

Siguiendo a FARALDO (2015, 418) coincidimos con ella que la nueva regulación de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP/2015 reduce el ámbito de sujetos pasivos que protegía el derogado art. 295 CP/95.

En efecto, con esta autora, hay que señalar “el ámbito de sujetos pasivos es más reducido en el delito de administración desleal, que sólo protege al titular del patrimonio administrado, que en el derogado delito societario, que protegía a los socios, depositarios, cuenta partícipes y titulares de los bienes, valores o capital administrados. En relación con las sociedades cabe señalar que, si bien en sentido económico los socios son los titulares últimos del patrimonio social, jurídicamente el único titular del patrimonio administrado es la sociedad. Los socios no pueden constituirse en sujetos pasivos del delito contenido en el nuevo art. 252 CP, pues el administrador no administra “sus” bienes, sino los bienes sociales (sólo se exceptúa el supuesto no habitual en que el socio haya aportado un bien a la sociedad reservándose la propiedad)”

Continúa la autora citada, indicando “De la misma forma, tampoco los cuenta partícipes están protegidos por el nuevo art. 252 CP, que exige la ajenidad del patrimonio administrado. El contrato de cuenta en participación se caracteriza por la colaboración patrimonial que una persona ofrece a un empresario con la finalidad de participar en los resultados prósperos o adversos de sus negocios. De esta forma surge un fenómeno asociativo caracterizado por carecer de todo tipo de personificación, hasta el punto de que se constituye en un patrimonio común sino que la aportación del cuenta partícipe pasa a ser propiedad del gestor (sólo se exceptuaría, como en el supuesto anterior de los socios, si el cuenta partícipe no transmite el bien a título de dueño sino simplemente el uso de la cosa, como sería el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local)”

Un ejemplo de protección del cuenta partícipe a través del derogado art. 295 CP/95 puede encontrarse en la STS -2ª- 767/2014, de 4 noviembre (Granados), donde se da Contrato de una sociedad de cuentas en participación en la que el socio gestor destina cantidades invertidas por el otro partícipe a sociedades controladas por el primero, y que desvía, por tanto, del fin de promoción inmobiliaria que había motivado la inversión. ¿Podrá, ahora, ser protegido un supuesto similar a través del nuevo art. 252.1 CP/2015 o tendremos que acudir al delito de apropiación indebida del art. 253 CP/2015?

c) Conducta típica

El derogado art. 295 CP/95, en el ámbito societario, parecía más amplio que el nuevo art. 252 CP/2015, si bien ahora la doctrina (FARALDO, 2015, 419) sostiene que la estructura del nuevo delito “es más sencilla: infracción de deberes más causación de perjuicio patrimonial al titular del patrimonio administrado”, lo que no evita que persistan interrogantes sobre el alcance de las infracciones de los deberes de los administradores.

Para la jurisprudencia, el derogado art. 295 CP/95 abarcaba dos supuestos diferentes:

- a) La disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función de administrador;
- b) Las causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador.

En similar sentido, SSTS -2.^a- 1181/2009, de 18 noviembre (Soriano) y 625/2009, de 17 junio (Berdugo).

Como se ha explicado *supra*, las fronteras entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal como delito societario, *ab initio* venían establecidas por la jurisprudencia mayoritaria en función a si el administrador se había excedido de sus competencias, en cuyo caso si se produce distracción de dinero estaríamos en presencia del delito de apropiación indebida, o no hay exceso de las funciones del administrador, en cuyo caso estaríamos ante el delito societario.

La STS -2.^a- 707/2012, de 20 septiembre (Berdugo), resumía esta cuestión, en los siguientes términos:

«En efecto como hemos dicho en SSTS. 754/2007 de 2.10 y 625/2009 de 17.6, el delito de apropiación indebida (STS. 754/2007 de 2.10) comprende no solo los propios actos de apropiación indebida, sino también los actos de disposición, que se han considerado como una variante de la administración desleal, tanto en el CP. 1973 como en el vigente de 1995, no obstante la significación específica que se encuentre incluida en el art. 295 CP.

En este sentido las sentencias de esta Sala de 2.11.2004 y 26.2.98, declaran que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 CP, derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente, que sería de aplicación por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones clarificadoras el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973.

En efecto el art. 295 del CP. ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer su régimen sancionador más benévolos para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario –sin perjuicio de los problemas concursales que puedan presentarse–.

Por ello la doctrina de esta Sala como son exponentes las sentencias 12.5.2000, 19.9.2003, 2.11.2004, 8.6.2005, 18.10.2005, 11.4.2007, viene manteniendo que el art. 252 del vigente Código penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

A) En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, “aque-las relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver” (SSTS. 31.5.93, 1.7.97).

- c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio.
- d) Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

B) En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 del Código penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (STS 16 de septiembre de 2003), y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”, como se dijo literalmente en la sentencia de esta Sala 224/1998 de 26.2, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarla– la concurrencia del *animus rem sibi hahendi* sino solo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (SSTS. 3.4 y 17.10.98).

Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 del Código penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, (SSTS. 31.5.93, 15.11.94, 1.7.97, 26.2. y otras), que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS.7.11.2005, 31.1.2005, 2.11.2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que “en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron”. STS 31.1.2005.

En definitiva apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por

el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En efecto el tipo subjetivo en la apropiación ha sido considerado, clásicamente, por la doctrina y la jurisprudencia, como compuesto por el dolo y el especial elemento subjetivo del ánimo de lucro. Por ello, para poder hablar del delito en cuestión, deben concurrir la voluntad de apropiación y el ánimo de enriquecimiento consustancial a una conducta que debe realizarse en perjuicio de otro. De modo que únicamente se aceptaría la existencia de dolo “cuando pudiera constatarse que el autor se plantea el resultado de la apropiación como meta directa de su actuación, o cuando menos como una consecuencia accesoria no improbable (dolo eventual). Mientras que el ánimo de lucro debe interpretarse como aquella tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico, esto es el ánimo de hecho es exclusivamente el ánimo de enriquecerse y equivalente al ánimo de apropiación, bien entendido que aun cuando en el art. 252 CP. no aparece el ánimo de lucro como elemento del tipo, se puede considerar implícito en esa definición legal y sobre todo si se interpreta –como parece aceptarse por todos– en un sentido amplio que comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda percibir el propio autor del delito o un tercero (STS. 50/2005 de 28.1).

Asimismo la jurisprudencia de esta Sala recogida en SSTS. 279/2007 de 11.4, 754/2007 de 2.10, 121/2008 de 26.2, 374/2008 de 24.6, ha declarado que cuando se trata de administradores de sociedades no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 CP, vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295, actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que proceduralmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del art. 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida de deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio abusivo de las facultades del administrador.

La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida –actual art. 252– y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos –como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones– ajenas al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el art. 8 CP. (SS. 7.12.2000, 11.7.2005, 27.9.2006).

Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleve necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasional al principal, y que hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas 867/2002 Caso Banesto y 71/2004 Caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraiendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acrede a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo.

Por ello doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta.

En el caso analizado concurren los elementos del tipo de la apropiación indebida. El recurrente tenía acceso al dinero de la sociedad en virtud de su cargo de Director de la Delegación de Andalucía y las facultades de disposición por poderes notariales sobre sus cuentas corrientes, y aprovechando estas facultades efectuó desvíos de dinero a sus cuentas particulares para su propio beneficio, mediante transferencias, ingresos de cantidades en efectivo, pagarés librados contra las cuentas de la sociedad, etc.”

En conclusión, si el delito societario del art. 295 CP/95 era diferente a la apropiación indebida, lo que en palabras de la jurisprudencia representa que “**es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleve necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que solo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasional al principal**”, tenemos que preguntarnos si el nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP/2015 abarca también estas conductas o no.

Ciertamente, podría pensarse que con la redacción del art. 252.2 en el Proyecto Ley de 20 septiembre 2013¹³ se abarcaría estas conductas, en cuanto dice que “Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”.

Pero, finalmente, ese no es el texto que se publica en el BOE, ya que se suprime la frase “o derivado de una especial relación de confianza”, por lo que la quiebra de los deberes de fidelidad y lealtad que se contemplaba en el derogado art. 295 CP/95, el cual se refería a “administración fraudulenta”, no queda tan explícita en el nuevo art. 252 CP/2015 como en el anterior y derro-

¹³ BOCG nº 66-1 de 4 octubre 2013. Serie A. Proyectos de Ley.

gado art. 295 CP/95, lo que permite preguntarse sobre la extensión de la conducta típica en términos comparativos. Ya que, sólo comparando el tenor literal del precepto derogado y del nuevo, se observa que no se contempla la misma conducta.

Por ello, reflexionábamos sobre si hubiera sido más conveniente haber mantenido el delito societario de administración desleal del art. 295 CP/95, por cuanto que opinamos que el bien jurídico protegido en el mismo, como en los demás delitos societarios, excede del ámbito exclusivamente patrimonial. Como se indicaba en esta obra en su primera edición (SEQUEROS, 2003), al referirse a los delitos societarios “subyace en todos ellos una concepción tuitiva del sistema socioeconómico en general y particularmente del orden económico, dada la relevante función que las sociedades desempeñan en él (...)”¹⁴.

Dicho lo anterior, no obstante, es posible sostener que el nuevo art. 252 CP/2015 no sólo comprende la administración desleal por abuso sino también por deslealtad o infidelidad¹⁵ aunque el legislador haya suprimido el tipo de infidelidad que venía recogido en el Anteproyecto, que seguía el modelo alemán (& 266 StGB) y se haya referido sólo al tipo de abuso, siguiendo el modelo austriaco (& 153) y suizo (& 158) (CADENA, 2016)

Esta interpretación se fundamenta en la sustitución del término “*disponer*” empleado en el Anteproyecto de fecha 13 abril 2013 por el término “*administrar*” en el Proyecto de Ley de 20 septiembre 2013 al definir la conducta prohibida del tipo objetivo.

El art. 252 CP/2015 reza “*los que teniendo facultades para administrar*”. En el Anteproyecto se decía: “*los que teniendo facultades para disponer*”. Este cambio propicia que el tipo objetivo se haya ampliado considerablemente, incluso bordeando los límites del principio de taxatividad penal, en parecida problemática a la surgida en Alemania, en la que su Tribunal Constitucional en su sentencia de 23 junio 2010 tuvo que pronunciarse por la constitucionalidad de su tipo similar de administración desleal (& 266 StGB), el cual había sido puesto como ejemplo de tipo penal infractor del principio de taxatividad por la doctrina (JESCHEK)

Al referirse el nuevo delito a facultades para “*administrar*” se introduce en el tipo objetivo todo lo que legalmente se entiende por administración, en la que se comprende un amplio conjunto de deberes del administrador, entre los que destacan los deberes de lealtad y fidelidad¹⁶. De esta forma, el tipo finalmente incorporado al CP 2015 es tanto un tipo de abuso de funciones del administrador como un tipo de infidelidad, lo que suscitará problemas interpretativos en su práctica.

Hay que subrayar que la Sala 2^a del TS, a través de su STS -2^a- 599/2014, de 18 julio (Del Moral) estima que “*Toda administración desleal comporta por definición un abuso de confianza pues*

¹⁴ En el mismo sentido, la parte más cualificada de la doctrina, v.gr. LUZÓN PEÑA y ROSO, 2010.

¹⁵ MARTÍNEZ-LUJÁN (2015, 527) recuerda que con la nueva redacción “quedó abierta la posibilidad de castigar las meras infracciones de conducta del administrador y, consiguientemente, de acabar sancionando una genérica falta de lealtad o probidad del administrador”. Este autor se hace eco de la opinión de GILI (2015, pp. 722 ss y 782) en entender que la imprecisa referencia a una “facultades para administrar” conduce a una gran indeterminación “pues el tipo es ahora lo suficientemente abierto como para que pueda extenderse a conductas propias del tipo de infidelidad”, lo cual requerirá que la jurisprudencia efectúe “inmediatas aclaraciones que eviten el desbordamiento del tipo”. RAMOS (2015, 531) recuerda que durante la tramitación parlamentaria del Proyecto Ley se denunció en el Senado la “inadmisible” vaguedad del art. 252 por los Grupos Parlamentarios Socialista y *Entesa pel Progrés de Catalunya*, que pretendieron infructuosamente sustituir la fórmula abierta por un listado de conductas.

¹⁶ Cfr. SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO (2013) donde, dentro de la casuística, se enumeran como conductas desleales (CADENA, 2016 entiende que son expresión del tipo de abuso), entre otras, las siguientes: el uso de fondos sociales por los administradores en beneficio propio, la compraventa de bienes a precio distinto del estipulado de forma real, el empleo de recursos sociales para atender gastos personales de los administradores, la asignación de comisiones por parte de la sociedad administrada a sus administradores o su percepción directa por éstos o por sociedades vinculadas o controladas por ellos, percepción de dividendos ficticios o no distribuibles, la ausencia de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de vivienda en los supuestos de inejecución de lo pactado y la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad en garantía con el cumplimiento de obligaciones ajenas a los intereses sociales, los autopréstamos, los supuestos de autocartera encubierta, pago de comisiones irregulares por la sociedad, compra de bienes a favor de la sociedad por precio superior al mercado o venta de bienes por precio inferior al real. Por otra parte, CADENA, 2016, citando a GILI, recuerda que caben otros comportamientos no abusivos, por no haber existido disposición fraudulenta o contracción de obligaciones, pero si infieles porque infringen el deber de velar por los intereses de los administrados naturales, art. 1880 CC o societarios, art. 227 LSC, como v.gr. revelación de secretos industriales o vulneración de las reglas de no competencia que ocasionan perjuicio a la sociedad.

ha de ser efectuada por quien ostenta un cargo -administrador social- que se basa precisamente en relaciones de confianza. El abuso de las funciones del cargo que exige el tipo implica por lógica habitualmente un abuso de la confianza en la que ordinariamente descansa ese cargo (...)El quebrantamiento de vínculos de confianza es elemento ínsito en toda administración desleal”

En esta sentencia se suprime la agravante de abuso de confianza aplicada a un delito de administración desleal, al considerar que esa agravante sólo podría operar en este delito si la fuente de la confianza es ajena a la propia administración como, por ejemplo, una relación previa de amistad.

En definitiva, en esta sentencia se exterioriza lo que venimos defendiendo sobre cómo opera la confianza en el delito de administración desleal, en calidad de ser un presupuesto para su configuración, siendo inherente al tipo penal. De ahí, que la distinción entre tipo de abuso y tipo de infidelidad pueda resultar artificial, ya que ambos tipos concurren en el delito de administración desleal.

Finalmente, aspectos sistemáticos habrían aconsejado mantener el actual Capítulo XIII De los delitos societarios del Título XIII, en su integridad, sin derogar el art. 295 CP/95, que recoge una conducta especialmente reprobable en el ámbito societario, sin que sea conveniente diluirla en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno, que es más genérica al afectar tanto la gestión de patrimonios individuales como societarios.

Por otra parte, como se ha indicado *supra*, sobre el Anteproyecto citado, se emitieron sendos informes tanto del CGPJ en fecha 16 enero 2013 como por parte del Consejo Fiscal en fecha 8 enero 2013.

El Consejo General del Poder Judicial en su sesión de fecha 16 enero 2013 aprobó un informe crítico sobre el Anteproyecto citado, **en el que se postulaba el mantenimiento del art. 295 CP/95, con independencia de la punición de la administración desleal de patrimonio individual.**

En el citado informe, que contiene votos particulares, en síntesis, se decía lo siguiente:

“La idea general de la reforma, en cuanto a la extensión de la administración desleal a supuestos ajenos al ámbito societario merece una valoración positiva, lo que no obsta para que la forma concreta en que la reforma pretende plasmar esa buena idea general padezca importantes deficiencias técnicas. Además, la creación de un tipo genérico de administración desleal no debería llevar a la supresión del tipo específicamente societario, pues bien podría quedar éste como tipo agravado del genérico de administración desleal, en atención a la importancia de las sociedades en el tráfico económico. Podrían coexistir perfectamente un tipo genérico de infidelidad con otro agravado para al ámbito societario (ambos, con menos pena que la apropiación indebida), al estilo de lo que pretendió en su día el Proyecto Alternativo Alemán de 1962, en el que cohabitaban un tipo genérico de Untreue –§ 263 AE-, con el tipo societario agravado de Mißbrauch gesellschaftlicher Befugnisse –§ 183 AE-. Las referencias a estos tipos del Proyecto alemán es procedente, por cuanto los tipos de abuso de poderes y de deslealtad que el Anteproyecto propone incorporar a nuestro Código Penal siguen el modelo del vigente Código penal alemán.

La creación de dos tipos genéricos de abuso de poderes (art. 251.1 Anteproyecto) y de deslealtad (art. 252.2 Anteproyecto) presenta serios problemas técnicos, concursales y de taxatividad.

Como acaba de señalarse, la reforma ha tomado como modelo la regulación de la Untreue (administración desleal) alemana del § 266 StGB, reproduciendo los dos tipos de abuso de poderes –Mißbrauchstatbestand- y el de deslealtad o infidelidad –Treubruchstatbestand- contenidos en aquélla. Por eso mismo, el Anteproyecto incurre en los mismos problemas que presenta la regulación alemana, en cuanto (i) a la absoluta indefinición del tipo de deslealtad o infidelidad, y

(ii) a los problemas concursales que se producen entre ambas modalidades y entre el tipo de deslealtad con otros tipos penales.

Respecto a la amplitud del tipo de deslealtad (art. 252.2 Anteproyecto) cabe indicar que antes de copiar el tipo alemán -Treubruchstatbestand- para traerlo a nuestro Código Penal, el prelegislador debería haber reparado en el origen histórico de este tipo genérico y en las razones por las que actualmente continúa vigente en Alemania, a pesar de las contundentes y generalizadas críticas que siempre ha suscitado desde el punto de vista del principio de legalidad (taxatividad). Este es un paso previo imprescindible para poder valorar adecuadamente la oportunidad de su trasposición al ámbito español.

El Código Penal alemán conoce el delito de administración desleal (*Untreue*) como un tipo penal autónomo y diferenciado del de apropiación indebida desde 1871. Sin embargo, la redacción actual del § 266 del Código Penal alemán obedece a la Ley de 26 de mayo de 1933, promulgada en un contexto histórico determinado.

En cuanto a la razón por la que actualmente sigue vigente este tipo penal en los mismos términos que en 1933, según la doctrina alemana la respuesta está vinculada a la peculiar configuración de las estructuras empresariales en la legislación mercantil alemana que, como es sabido, junto al órgano de administración -que goza obviamente de los poderes de gestión y representación social y cuyos miembros, por tanto, si abusan de esos poderes pueden incurrir en el tipo de abuso de poderes-, contempla también la existencia en las sociedades del Consejo de Vigilancia, cuyos miembros carecen de poderes sociales y, que, por tanto, no pueden incurrir en la modalidad de abuso de unos poderes de los que carecen. Por ello, en Alemania se ha considerado que el mantenimiento de este segundo tipo genérico de infidelidad, construido sobre la mera infracción de deberes de custodia del patrimonio que se debe salvaguardar, es útil actualmente para sancionar a los miembros de los Consejos de Vigilancia que, por omisión, infringen sus deberes, haciendo así posible la producción de un perjuicio a la sociedad.

De este modo, el mantenimiento del referido tipo de infidelidad en Alemania pretende solventar los problemas que se presentarían para aplicar el otro tipo -el de abuso de poderes- a los miembros desleales del Consejo de Vigilancia. A ello se añaden diversos criterios elaborados por la doctrina alemana para hacer 'soportable' la existencia de tan genérico tipo de deslealtad, que no es oportuno reproducir aquí. Y ello, a pesar del reconocimiento unánime entre la doctrina alemana de los graves problemas de constitucionalidad que presenta el tipo de deslealtad o infidelidad por incumplimiento de las exigencias del principio de taxatividad de las normas penales. El propio Jescheck (por citar solo el manual más clásico) en el Volumen I de su Parte General, al analizar el principio de legalidad penal, recurre, precisamente, como ejemplo de transgresión de dicho principio al § 266 del Código Penal alemán, explicando cómo fue ampliado en 1933.

Así pues, el prelegislador español ha copiado del Código Penal alemán una figura de infidelidad que obedece a razones históricas nada importables y cuyo mantenimiento en Alemania obedece a razones derivadas de su peculiar configuración de las estructuras de los órganos societarios, que no se corresponden con la española, en la que no existe el Consejo de Vigilancia. En consecuencia, el Anteproyecto arrastra los graves problemas de taxatividad (legalidad) y, por tanto, de constitucionalidad que padece la regulación alemana. Por ello mismo, resultó plausible que el legislador de 1995, al establecer el nuevo delito societario de administración desleal del actual art. 295 CP, tomara de la regulación alemana la conducta del primero de los tipos -el de abuso de poder- reproduciendo las conductas de disposición y contracción de obligaciones contempladas en aquél, aunque restringidas al ámbito societario, pero prescindió, en cambio, del otro tipo alemán -el de deslealtad o infidelidad- que ahora pretende importar el Anteproyecto.

Por lo demás, la exorbitada amplitud con que se regula el tipo de infidelidad (art. 252.2 Anteproyecto) obliga a plantearse cuál es la necesidad del primer tipo de abuso de poderes (art.

252.1 Anteproyecto), ya que resulta del todo evidente que las conductas de este tienen cabida en el amplio tipo de infidelidad. A este respecto, la doctrina mayoritaria alemana viene señalando el solapamiento que se produce entre ambas modalidades, llegando a la conclusión de que el tipo de infidelidad funciona como tipo subsidiario o de recogida con respecto al tipo de abuso de poderes, mucho más concreto.

Pero más allá de los propios problemas concursales internos que el tipo de infidelidad genera dentro de la propia administración desleal, semejante amplitud permite abarcar en el mismo sin mayores problemas otros tipos penales como la apropiación indebida, tal y como se analiza más adelante. En efecto, la apropiación indebida, cuyo tipo es más concreto que el de infidelidad, sería prácticamente inaplicable, si avanza el Anteproyecto, dada la mayor pena que presenta este último cuando existe ánimo de lucro, lo que ocurrirá casi siempre.

Las razones dadas son suficientes para descartar de plano el nuevo tipo de infidelidad del art. 252.2 Anteproyecto. Conclusión que se refuerza de forma muy notable cuando los problemas concursales que este tipo genérico de infidelidad genera con otros tipos penales, especialmente, en lo que se refiere a los delitos de apropiación indebida y de malversación de caudales.

Al igual que el § 266 del Código Penal alemán del que está tomado, las modalidades básicas del art. 252.1 y 2 Anteproyecto no requieren ánimo de lucro, por lo que se aproximan más a los delitos de daños que a los de enriquecimiento. Junto a ello, el art. 252.3 Anteproyecto contempla el ánimo de lucro como elemento agravatorio, obligando, si concurre, a imponer las penas de los arts. 249 o 250 CP en su mitad superior.

A nadie se le escapa que, en la práctica, las conductas de administración desleal de patrimonio ajeno suelen presentar en la casi totalidad de los casos un móvil económico de lucro, sea propio o ajeno. Por ello, la aplicación del tipo agravado del art. 252.3 Anteproyecto será lo normal en la práctica, en caso de llegar a aprobarse en estos términos el texto propuesto. De modo que muy rara vez se podrán aplicar las modalidades básicas de administración desleal del art. 252.1 y 2 Anteproyecto. Esta realidad impondrá, a la vez, la inaplicación del tipo de apropiación indebida, puesto que este solo viene al caso, según el art. 253.1 del Anteproyecto, cuando no existe un delito cominado con pena superior, lo que concede prioridad automáticamente al delito agravado de administración desleal con ánimo de lucro (misma pena, pero en su mitad superior).

Finalmente, cabría añadir también algunas observaciones de carácter gramatical en relación con el delito enunciado en el art. 253.1. Al haberse suprimido la referencia al dinero, efectos y valores y activos financieros, y únicamente hacer mención a “la cosa mueble” debería sustituirse los vocablos “entregarlos” “devolverlos” y “haberlos”, utilizando el género femenino y el número singular. Asimismo debería sustituirse la expresión “un cosa mueble” por “una cosa mueble”.

Por su parte, el Consejo Fiscal en su reunión de fecha 8 enero 2013, en el que informó sobre el Anteproyecto de reforma del CP remitido por el Gobierno, después de acoger favorablemente al nuevo delito de administración desleal del art. 252 CP, con la derogación del art. 295 CP, expresaba las siguientes observaciones críticas al texto:

“Ahora el Anteproyecto propone la derogación del art. 295 CP y el desgajamiento de las conductas de distracción de la apropiación indebida creando un tipo autónomo y general de administración desleal, donde se recogen tanto las conductas de abuso extensivo e intensivo del poder de disposición por parte del administrador. Con ello se retoma la idea que figuraba en el Proyecto de reforma de 2007, cuyo art. 254 bis pretendía la creación de un tipo de administración desleal general. Se discute si todos los supuestos del actual art. 295 estarían incluidos en el nuevo tipo de administración desleal. Creemos que sí, porque la administración de hecho del art. 31 CP sigue siendo aplicable al nuevo tipo, y porque a través del concepto de ajenidad cuando los administradores sean los socios se cubrirán muchas lagunas (en este caso, el apo-

deramiento de cosa íntegra o de una parte excedente de la cuota atribuida al autor puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad por cuanto la cosa común es ajena en todo lo que excede de la cuota del que sustrae, STS de 20 de enero de 1981). De hecho en Alemania se han ido derogando los tipos especiales de administración desleal en el ámbito mercantil por entender que se solapaban con el tipo básico. La doctrina de aquel país solo se ha planteado si quedan suficientemente protegidos entonces los acreedores. En este sentido ha de tenerse en cuenta que gran parte de los tipos patrimoniales que se modifican en el Anteproyecto lo son para reforzar los derechos de crédito de los acreedores.

Este diseño legislativo merece una favorable acogida, aunque no está exenta de problemas, como trataremos de mostrar a continuación. Algunos problemas que plantea la descripción típica:

1) Las relaciones entre los tipos de los apartados 1 y 2. La descripción típica de los apartados 1 y 2 sigue excesivamente de cerca la jurisprudencia reseñada anteriormente, pensada para la delimitación entre los vigentes arts. 252 y 295 CP, pero más problemática cuando se utiliza para describir la esencia del nuevo tipo de administración desleal. El apartado primero se refiere a facultades derivadas de la ley, de la encomienda de la autoridad o surgidas de un negocio jurídico, en las que se produce un exceso de las mismas con un daño patrimonial derivado de ese ejercicio excesivo o abusivo; en el apartado segundo, sin embargo, el núcleo típico reside en el quebranto de un deber surgido de las fuentes antes citadas, al que se añade una especial relación de confianza, quebranto del que surge un perjuicio patrimonial en los intereses del titular –intereses a los que no se hace mención en el apartado primero-. Así, parece que el primer apartado se refiere a lo que la jurisprudencia denomina exceso extensivo (el autor actúa fuera de lo que le específicamente le permite su título) y el segundo a lo que llama exceso intensivo (el sujeto actúa dentro de sus competencias pero de modo desleal e infiel), ahora, ambas, formas de administración desleal de un patrimonio ajeno. Pues bien, en el derecho comparado, los esfuerzos por separar los tipos de administración desleal y apropiación indebida han llevado a defender dos teorías. Una de ellas, denominada ‘teoría del abuso’ ha visto el núcleo del tipo de administración desleal en el uso abusivo de un poder de representación; la otra, apelada “teoría del quebrantamiento del deber de fidelidad”, ha puesto el acento en la lesión del deber de fidelidad, que al autor le incumbe por diferentes motivos, de proteger un patrimonio ajeno. El legislador alemán, en el reseñado parágrafo 266, unificó ambas doctrinas, en un tipo que procede de 1933. Esto era necesario porque, dada la amplia redacción del tipo, se imponía una interpretación restrictiva. Así, a la idea de abuso va unida la de un poder de disposición sobre un patrimonio que sobre el mismo corresponde a su titular; a la de infracción del deber, la vinculación de ese poder a los intereses del titular del patrimonio. Unificar ambas teorías significa que la acción consiste siempre en una disposición o creación de obligaciones jurídicamente eficaces más allá de la relación establecida, lo que equivale a una lesión de un deber especial existente en la relación interna entre el dueño del negocio y el autor: el cumplimiento de un “poder” jurídico lesionando un “deber” jurídico. La consecuencia es que el tipo de abuso (párrafo 1) es un subcaso de la alternativa de lesión del deber de fidelidad, de modo que el primero requiere también la preexistencia de un deber de cuidado patrimonial. Para la doctrina mayoritaria alemana y la jurisprudencia de ese país, es la única forma de evitar un desbordamiento típico del parágrafo 266. En la regulación portuguesa, también fuertemente influenciada por la alemana, sucede lo mismo. La administración desleal supone una relación de confianza, la preexistencia de un deber de fidelidad en el administrador. Y además el agente debe hacer algo que puede hacer hacia fuera pero que no debe hacer hacia dentro de la relación que le une al dueño: un ultrapasaje desde lo jurídicamente permitido hacia lo jurídicamente posible, pero que no se debe hacer. En la redacción del Anteproyecto, la existencia de dos apartados diferentes con requisitos en parte diferentes, va a dificultar esta visión unitaria de la administración desleal, con el peligro de un desbordamiento en la aplicación de la regulación. La conclusión es que sería preciso refundir ambos apartados en uno solo, con elementos comunes.

2) Los verbos típicos. Si lo que decíamos en el apartado anterior puede dar lugar a una extra-limitación interpretativa, el verbo típico elegido puede suponer todo lo contrario, una restricción excesiva del alcance del tipo. En el apartado primero la acción típica consiste en excederse de las *facultades para disponer* sobre un patrimonio ajeno y causar con ello un perjuicio patrimonial. En el segundo, quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos con el mismo resultado de perjuicio (término excesivamente amplio si se considera aisladamente, y que nos lleva de nuevo a la necesidad de una interpretación integradora de ambos apartados, como hemos defendido en el epígrafe anterior). Como hemos señalado el legislador portugués utiliza los verbos disponer, administrar y fiscalizar, y los alemanes y austriacos, disponer u obligar a otro. Y es que el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino también con la instauración de cargas, gravámenes y cambios de contenido de una posición jurídica, por lo que debería hacerse una mención a las *facultades para disponer u obligar a otro* en el apartado primero, sustituir la mención a las "facultades para disponer" por "facultades para administrar". En el subcaso de quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos cabrían tanto acciones como omisiones: enajenación de un bien por un precio muy inferior al de mercado, omisión de una acción judicial de cobro de una deuda, dejando prescribir el correspondiente derecho de crédito, etc.

3) La actuación con ánimo de lucro. El párrafo tercero afirma que las penas se impondrán en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro. El problema que se plantea es el de si la referencia al ánimo de lucro es a la vez una mención al ánimo de apropiación del autor o no. Dicho de otro modo, suponiendo el ánimo del lucro la persecución de cualquier ventaja patrimonial, no queda claro si el tipo se refiere exclusivamente a lo que se denomina apropiación indebida de uso (o usos ilícitos no dominicales), como los autopréstamos fuera de las facultades del administrador con intención sería de devolución, usos temporales del patrimonio que no supongan pérdida o deterioro del mismo y desviaciones temporales de uso del dinero, o si también incluye los casos de auténtica apropiación por parte del administrador de activos patrimoniales del titular. Ciertamente, de no estar incluidos más que los primeros, la mayor parte de los casos de apropiación serían penados con la misma pena por el 253 CP del Anteproyecto (siempre que sean cosas muebles), pero dado que el nuevo tipo de malversación de caudales públicos del art. 432 CP del anteproyecto se refiere sólo al art. 252 y no al 253, es preciso aclarar –aunque una interpretación sistemática apunta a que la intención del prelegislador es la de incluir tanto los actos de auténtica apropiación del gestor como los de uso ilícito no dominical– si el 252.3 se refiere solo al ánimo de lucro o al ánimo de lucro y al ánimo de apropiación.

4) El concepto de perjuicio en el Anteproyecto. La mención que realiza la Exposición de Motivos a que *La norma precisa que el perjuicio patrimonial existe tanto cuando se causa una disminución del patrimonio; cuando el acto de gestión desleal determina una falta de incremento del patrimonio administrado; o cuando se crea una situación de peligro de pérdida del mismo, pues el valor económico del patrimonio se ve disminuido cuando la integridad patrimonial está expuesta a una situación relevante de peligro. Se incluye, por tanto, entre otros, supuestos tales como la venta no autorizada de elementos patrimoniales a cambio de un valor inferior al real; la concesión no autorizada de créditos sin garantías; la contratación de servicios que no se prestan, o la contratación de los mismos por un precio superior al real de mercado; la falta de cobro de créditos por el administrador; la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado; o la creación de cajas negras que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado*, nos parece altamente perturbadora y debería suprimirse. Eso no lo dice el texto del 252 tal y como está redactado en el Anteproyecto y es una interpretación surgida en los tribunales alemanes, muy criticada por sectores cualificados de la doctrina germana y que surge de una peculiaridad del Código penal alemán como es la necesidad, para el castigo de la tentativa, de una previsión expresa en el tipo, previsión que no existe en concreto en el parágrafo 266 y que hace que la tentativa de administración desleal no sea punible en aquel país. Esta previsión de punición de la tentativa se trató de introducir en la Sexta reforma de 1998 y no fue finalmente aprobada, y ha llevado

a una interpretación extensiva del perjuicio económico que aproxima al parágrafo 266 a un tipo de peligro concreto cuando fue configurado como un tipo de resultado. Una cosa es que el daño típico pueda concretarse bajo la forma de la asunción de un riesgo. Será así en los casos en que la celebración de un “negocio de riesgo” termina en una reducción, efectiva y mensurable en términos pecuniarios, del patrimonio de la unidad económica. En este sentido se habla de “creación de peligro dañosa” (schädigenden Gefährdung) o de “daño de riesgo” (Gefährdungsschaden) cuando se excede el nivel de riesgo pactado con el titular o el permitido por la *lex artis*, y otra distinta que la puesta en peligro del patrimonio sea equiparable al daño (BGH, Tribunal Supremo alemán, 18-10-2006, 2 StR 499/05 caso Kanther/Weyrauch y 29-8-2008, 2 StR 587/07, caso Siemens/KWU). Sería mejor que el prelegislador hiciera mención a un criterio individual-objetivo de daño conforme al cual se considera dañoso el acto que, aunque no produzca una pérdida contable, porque las cosas compradas tienen como contrapartida las cosas adquiridas, se compromete la finalidad de la empresa, su funcionamiento futuro u obliga a reducciones en las prestaciones a que está vinculada, como ocurriría en el caso en que un administrador de una compañía de gas comprara 600 obras de arte lujosas sin justificación, concepto que por otra parte sería de gran utilidad para los tipos de malversación. Este, como otros tantos (grado de esencialidad del deber de fidelidad y de autonomía del autor en la gestión, problema de los negocios jurídicos inválidos que atribuyen la administración), es un tema cuyos límites han de dejarse a la jurisprudencia, sin que el legislador pueda pretender una interpretación auténtica que no viene insinuada claramente por el texto de la norma, que configura el tipo como uno de resultado y no como uno de peligro».

Tras estas críticas, como se ha visto, el nuevo art. 252 CP/2015 se limita en su apartado 1º a la administración desleal del patrimonio ajeno castigando a “*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas, y de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*” y en el apartado 2º un tipo de delito leve cuando el perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros.

Se han suprimido los apartados 2º y 3º del art. 252 que se contenían en el Anteproyecto de 13 abril 2013 y en el Proyecto de Ley de 20 septiembre 2013 tras las críticas del CGPJ y del Consejo Fiscal.

Finalmente, la doctrina más autorizada, v.gr. FARALDO (2015, 420) también se ha mostrado en contra de la derogación del delito societario del art. 295 CP, afirmando lo siguiente:

“Y, en cualquier caso, ¿la eliminación del delito societario era una consecuencia necesaria de la previsión de un delito común de administración desleal de patrimonio ajeno? A mi juicio, la tipificación expresa de un delito societario de administración fraudulenta, como un tipo especial y más grave de administración desleal de patrimonio ajeno, estaría justificada sea por interés general en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles, dada su importancia en el tráfico jurídico-económico actual, sea por la existencia de una amplia regulación de los deberes y obligaciones de los administradores de sociedades en la legislación sectorial, que establecen un nivel de responsabilidad y exigencia a estos gestores en modo alguno comparable a la escueta regulación que ofrece el Código civil en torno a la administración de bienes ajenos”

La concreción legislativa de los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores sociales en la Ley de Sociedades de Capital, a la que nos referimos *in extenso* en esta obra, abonaría la permanencia del delito societario del art. 295 CP derogado según la autora citada que se pregunta si ¿“Acaso esta amplia regulación mercantil no merece reflejarse en el ámbito penal?”

Confiamos que en futuras reformas legislativas¹⁷ se retome la figura del delito societario de administración desleal de patrimonio social hoy derogada, ya que con ello se protege el principio democrático en las sociedades mercantiles frente a las patologías de su gestión oligárquica,

¹⁷ Para futuras reformas legislativas, ver MARTÍNEZ-LUJÁN (2015)

todo ello en el contexto de una economía capitalista productiva y no meramente especulativa, generadora de empleo frente a la crisis económica (cfr. DOLZ LAGO, 2014)

Creemos que en esta misma línea, ya vigente la reforma penal de 2015, destacando que el bien jurídico protegido en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno social o societario no es sólo el meramente patrimonial sino el orden socioeconómico, en el caso concreto planteado, el sistema financiero, la STS -2ª- 724/2015, de 15 noviembre (Palomo), justifica la legitimación del Fondo de Garantía de Depósitos en concepto de acusación particular en el caso CAM (donde se trata de la administración desleal de sus directivos por sobresueldos), por existir ese bien jurídico colectivo.

Así dice en su FJ 8º: "Así, el actual Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito fue creado por el Real Decreto-ley 16/2011, de 14 de octubre, unifica los anteriores fondos existentes, Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorro y Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, precisando en el I apartado expositivo, la evolución de la institución; una primera etapa tras la constitución de esos tres fondos, a partir de 1977, con una finalidad, así explicitada:

Desde aquel momento, los fondos de garantía de depósitos españoles han mantenido como una segunda seña de identidad - junto a la contribución ex ante- su doble objetivo o función: por un lado, garantizar los depósitos en dinero (y más tarde también en valores) constituidos en las entidades de crédito; y, por otro, realizar aquellas actuaciones necesarias para reforzar la solvencia y el funcionamiento de las entidades en dificultades, en defensa de los intereses de los depositantes y del propio Fondo. En definitiva esa doble función se identifica con un objetivo inmediato y eventual, la garantía de los ahorros de los depositantes, y un objetivo mediato y permanente, el mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país, a través de la confianza de los depositantes. En lo sucesivo, tras el papel desempeñado en beneficio de la estabilidad financiera en la crisis bancaria de finales de los setenta y principios de los ochenta, la doble función de los fondos los consolidará como un elemento indispensable de seguridad de nuestras instituciones financieras, junto a la regulación y a la supervisión financiera.

A partir de mediados de los años noventa, explicita una tercera función, directamente relacionada con nuestra participación en el proceso de construcción europea y, más concretamente, con la integración financiera considerada imprescindible para la consecución de un mercado interior, su inserción en una red de seguridad paneuropea.

Desde cuyos presupuestos históricos, avanza cuales son los principales objetivos de este Real Decreto-ley que viene a **culminar la recapitalización y reestructuración del sistema financiero** manteniendo los rasgos esenciales del mismo:

- La unificación de los hasta ahora tres fondos de garantía de depósitos en un único Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, que mantiene las funciones y rasgos característicos de los tres fondos a los que sustituye.
- La **actualización y fortalecimiento** de la segunda función del sistema: el **reforzamiento de la solvencia y funcionamiento de las entidades**, también conocida como función de resolución, a fin de garantizar la actuación flexible del nuevo Fondo unificado.

Finalidad coincidente con los bienes jurídicos tutelados por el delito de administración desleal: "en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico" (SSTS 279/2007, de 11 de abril ó 769/2006, de 7 de junio. (negrita nuestra)

Dicho de otro modo, la actuación del Fondo en el saneamiento de la entidad financiera, no es consecuencia de decisión discrecional, sino que es la normativamente encomendada a esta

entidad, cuando los presupuestos de la misma resulten necesarios para el *mantenimiento de la estabilidad del sistema financiero del país*; función potenciada tras las crisis de los años ochenta, época en la que se ubica los hechos que contempla la sentencia del caso *Banesto* antes citada.

Consecuentemente, el FGD, resulta efectivamente directamente perjudicado no ofendido por el delito, del mismo modo, como indica la recurrente, que el servicio de bomberos en un delito de incendio, o quien resulta lesionado en acción de salvamento tras un delito de estragos (STS 30/2001, de 17 de enero; la relación causal es directa, en cuanto que el saneamiento financiero por parte del Fondo, no deriva de un mero voluntarismo discrecional, sino exigida por la estabilidad financiera del país; ello al margen de que la responsabilidad civil en su caso, se limite al importe concreto que la actividad delictiva imputada haya originado (cuestión sobre la que obra informe pericial y ratificación en la vista) e inclusive de a quien corresponda percibirlo, en función de las condiciones de adjudicación del Banco CAM, por parte del Fondo. Refuerza esta conclusión, la consideración que obra en la autorización como ayuda estatal por parte de la Comisión Europea, de la referida adjudicación a favor del Banco de Sabadell, obrante en el DOUE (2013/C 371/01, de 19 de junio), donde en la casilla correspondiente al objetivo se indica *remedio de una perturbación grave en la economía*.

Consecuentemente, esos concretos daños patrimoniales, aunque integren una cifra menor en relación con el monto total del saneamiento, resultan originados por la actividad delictiva en la forma que se formula la acusación, de manera directa, pues concurren a generar esa necesidad de saneamiento de la entidad (así ponderado por la propia Comisión de la Unión Europea, que de otro modo no hubiera aprobado la adjudicación al Banco de Sabadell por un euro, operación calificada como de ayuda estatal a los efectos de los artículos 107 y 108 del TFUE, precisa para a la estabilidad financiera, por quien tiene encomendada normativamente esta función).

Desde criterios de imputación objetiva, en la formulación de la relación de causalidad, el peligro generado según la acusación enunciada, por José Enrique, obviamente en concurrencia no consensuada con otros muchos, genera el peligro para la estabilidad financiera, que el FGD debe solucionar por encomienda legal; de modo que los daños originados, en esa tarea de salvamento, deberían ser pechados por quien crea la situación de peligro, en la proporción que su conducta conlleva. La situación de peligro generada es conducta calificada como delictiva, luego quien realiza las tareas de salvamento o saneamiento y reflotación, es perjudicado directo con plena legitimación para actuar como acusación particular.

Concluyendo en el FJ 9º lo siguiente:

“En definitiva, el FGD, no debería haber sido apartada de su condición de acusación particular y de nuevo la argumentación para denegar la legitimación por parte de la resolución recurrida, carece de razonabilidad, al derivarla de criterios exclusivamente temporales, que su intervención es posterior y no coetáneo a la consumación del delito; cuando el perjuicio no resulta extraño que se origine ulteriormente, como sucede en los casos que tras la comisión delictiva, una persona resulte dañada (o cause daños a un tercero) durante el intento de salvar su vida, su integridad física o sus bienes, o la vida, integridad física o bienes de un tercero; lo determinante no es el cuándo, aunque fuere lo más frecuente, sino la existencia de relación de causalidad directa con el ilícito penal; atendido siempre desde la perspectiva de la esfera de la víctima. **En autos, no sólo se trataba de un patrimonio, sino: a) de la propia vida jurídica de una persona moral de tipo fundacional, donde justamente el patrimonio puesto al servicio de un fin social, le otorga su personalidad jurídica; y b) del propio sistema financiero, como hemos reseñado y admite la propia Comisión de la Unión Europea.** (negrita nuestra)

Así la STS 225/2005, de 24 de febrero, luego reiterada por la 560/2009 de 27 de mayo y la 954/2010, de 3 de noviembre indica que “será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo”.

En autos, el FGD, no actúa en virtud de una relación previa con el imputado; sino como la entidad especializada que normativamente sustituye la acción directa del Estado, prevista tanto para garantizar los depósitos existentes en las entidades de crédito, como para reforzar de solvencia y funcionamiento de las entidades de crédito; y en esta última condición actúa, finalidad coincidente con el bien jurídico colectivo tutelado a través del delito de administración desleal, conforme antes hemos descrito; actuación llevada a cabo en defensa de los intereses de los depositantes, subsistencia de la entidad financiera y del propio Fondo, lo que evitó que alternativamente tuviera que responder frente a los depositantes hasta la cantidad de 100.000 euros si hubiera acaecido que no hubiera logrado sanear la entidad; además de evitar el riesgo que para el conjunto financiero hubiera supuesto el hundimiento de la entidad, que finalmente se logró sanear. Su actuación, por ende, no se debió, a responder en función de la garantía contraída con los depositantes; sino al saneamiento de la entidad, ante la "perturbación grave de la economía", que ponía en riesgo el sistema financiero en su conjunto.

En definitiva, la argumentación de la resolución recurrida para denegar la legitimación al FGD, también deriva de un patente error, que le origina un obvio perjuicio y obvia indefensión.

Indefensión material, por cuanto no ha sido ponderada su acusación que a diferencia de la formulada por el Ministerio Público, sustentada en la simulación contractual para eludir los controles preceptivos (calificada de contrato simulado en perjuicio de tercero) la fundamentaba en la posición institucional de la Comisión de Control -tanto en su condición de órgano de Gobierno y Administración como en su función de Comité de Auditoría- y de las específicas funciones del imputado, Presidente de dicho órgano con la concesión de créditos en perjuicio de la entidad (que consecuentemente calificaba como administración desleal). En definitiva hechos y tipificaciones diversas, que al no haber tenido en cuenta su acusación, no han recibido respuesta alguna por el Tribunal de instancia.

Ello conllevará la nulidad interesada, pues supone, tanto en relación con este recurso como el formulado por la otra recurrente, que el perjuicio que se origina no sólo existe de manera individual para cada una de las acusaciones particulares indebidamente apartadas; sino para la acusación en general, al comprometer gravemente la eficacia persecutoria de los delitos imputados”

Queda claro, pues, que para la Sala 2^a del Tribunal Supremo, que en este caso siguió el informe de la Fiscalía, el bien jurídico colectivo consistente en la protección del orden socioeconómico, además de la protección del propio patrimonio ajeno social, no puede estar fuera del delito de administración desleal de patrimonio ajeno social o societario, tanto antes como después de la reforma penal del 2015.

2. El tipo objetivo

Analizaremos el nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP/2015, si bien recogemos el análisis que hicimos sobre el delito de administración desleal de patrimonio social del derogado art. 295 CP/95¹⁸ *mutatis mutandi* en lo que sea aplicable al nuevo delito y también por regir aquél para hechos anteriores a 1 julio 2015, si resultara de aplicación más favorable.

2.1. Los sujetos del delito

2.1.1. El sujeto activo

La determinación del sujeto activo en el tipo objetivo determina que estos delitos sean llamados delitos especiales propios.

¹⁸ SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, MJ, *Delitos societarios...* citado (3^a edición, (2013), capítulo VII, págs. 499 y ss.

El nuevo art. 252 CP/2015 se refiere a “*los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*”, es decir, a los administradores de derecho pero omite la referencia a los administradores de hecho y a los socios, que sí recogía el derogado art. 295 CP/95.

En efecto, a los *administradores de hecho y de derecho*, citados en el artículo 290 CP y por remisión los arts. 293 y 294 CP, respecto de cuyo cometido se configuran como sujetos en exclusividad, se añadían en el derogado art. 295 CP/95: los *socios de cualquier sociedad constituida o en formación*. Por lo que resultaban igualmente aplicables las observaciones efectuadas en su momento, acerca tanto de la calidad de socio como respecto de los conceptos de sociedad constituida o en formación, examinados con carácter general dentro del estudio del delito de falseamiento de balances de cuentas e informes, al inaugurar el elenco de los delitos societarios utilizando en su tipología elementos comunes a todos ellos¹⁹.

El socio se integraba, en efecto, como sujeto activo en una asociación voluntaria de personas con la intención primera de contribuir a la constitución del fondo patrimonial necesario, aportando o poniendo en común bienes industria o alguna de estas cosas.

En principio, como socio la aportación de bienes comporta un desplazamiento de la titularidad de un patrimonio –el particular del socio- a otro –el de la sociedad en la que participa-. Esta aportación puede ser de cosas-bienes inmuebles, muebles o semovientes, o de derechos-reales, de crédito, etc. La aportación de industria implica una mera actividad personal con valor patrimonial –trabajos, servicios-.

En este punto, sin embargo, como observa URÍA, aunque en los términos en los que se expresa el art. 116 del Código de comercio parece admitirse la constitución de sociedades con simples aportaciones de industria, del contenido de otros preceptos resulta que respecto a toda clase de sociedades, cualquiera que sea el régimen de responsabilidad de sus socios por las consecuencias de la gestión social, deben constituirse con un fondo real de bienes aportados por todos o al menos una parte de los socios.

En cualquier caso los socios se unen para colaborar en la explotación de una empresa. En este orden, la sociedad es la forma jurídica más adecuada para el ejercicio de una actividad económica organizada en empresa. La empresa social –como observa el autor aludido- es un quehacer común y esto supone que todos los socios, en mayor o menor grado, según la clase de sociedad, puedan y deban colaborar en la marcha de los asuntos sociales y en la consecución del fin común. La idea de colaboración –*ius fraternitatis o affectio societatis*– en la que descansa toda sociedad, es una de las características más significativas para distinguir esa figura jurídica de otras afines, como la de cuentas en participación, las comunidades de intereses o las sociedades de ganancias²⁰.

Trasladados estos planteamientos a la sociedad anónima, como más representativa –junto a la sociedad de responsabilidad limitada- de las sociedades operativas, la ley no exige para ser nombrado administrador, ninguna cualidad especial, pudiendo ser tanto una persona física como jurídica, ya que a menos que los estatutos dispongan lo contrario no se requiere para serlo ostentar la cualidad de accionista (art. 212.2 TRLSC 2010, antes art. 123.2 LSA), bastando que tenga capacidad legal para obligarse.

La adición, sin embargo, de estos últimos a los tradicionales sujetos activos de la infracción del derogado art. 295 CP/95, parecía responder a una previsión más efectista que efectiva, en la medida en que los socios que no ostentan a su vez la condición de administradores tienen escasas ocasiones para ejecutar la conducta descrita en el tipo en sociedades anónimas, al ca-

¹⁹ Vid. Sobre el concepto de administrador de hecho y apoderado, la STS –2.º— 59/2007, de 25 enero (Martínez Arrieta)

²⁰ Cfr. URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 24ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997. nota 35, págs. 164-165.

recer en su calidad de partícipes de funciones de facultades de disposición, así como de asumir obligaciones que puedan afectar al patrimonio social.

No obstante, en las sociedades de corte personalista, como acaece con la compañía colectiva o comandita simple, los socios que tengan acceso a la administración podían, potencialmente, llevar a cabo el injusto configurado en el derogado art. 295 CP/95²¹.

Por lo que, en conclusión, a excepción de los supuestos en los que los socios integrados como administradores de hecho en las sociedades de capital, verifiquen los injustos descritos en el precepto, los acometan en su fase interina de *sociedad en formación* o lo sean de sociedades de corte personalista, no parecía factible, en principio, desde su intervención formal en los órganos sociales, que pudieran perpetrar la conducta del derogado art. 295 CP/95.

Todo ello, no obstante, sin olvidar que el precepto en el que se incardina debe interpretarse en sintonía con el marco en el que se encuadra, ya que si en el orden mercantil no resulta previsible la conducta sí la posibilita el sistema punitivo en el que se integra el precepto. Así se destaca en el artículo comentado como objetivo del infractor: la disposición fraudulenta por parte del mismo. Por lo que si los supuestos de gestión directa del socio en la administración son escasos, sí podría por medio de actuaciones engañosas ampliar sus horizontes de actuación, siempre que el proceder que lleve a cabo se verifique a través del *abuso de funciones* exigido en el derogado art. 295 CP/95²², que ha quedado sustituido por la frase “las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas” en el nuevo art. 252 CP/2015.

Por otra parte, es de destacar la autonomía otorgada en el derogado art. 295 CP/95 a la actuación de los socios que pueden ejecutar la acción con independencia de la intervención de los administradores, al redactarse descriptivamente el precepto con la conjunción disyuntiva «o» en lugar de la copulativa «y»: propuesta en la enmienda parlamentaria que motivó su adición como sujeto activo, y que de prosperar hubiera acarreado un problema semántico de impredecibles consecuencias, al no aparecer claro si la acción predicada era acumulativa o se establecía una intervención alternativa de ambos sujetos²³.

Interpretando el derogado art. 295 CP/95, la jurisprudencia había resuelto casos en los que el sujeto activo no tiene la condición fijada en el tipo, que es un delito especial propio, cuando se ha dado la cooperación necesaria ex art. 28 b) CP, como se recoge en la STS -2.º- 350/2011, de 2 febrero 2011.

En el nuevo tipo delictivo del art. 252 CP/95 habrá que estar al concepto de administrador de derecho ya estudiado en el examen de otros delitos societarios del art. 290 CP y por remisión los arts. 293 y 294 CP²⁴.

Va a resultar problemática la consideración como sujeto activo al administrador de hecho, a que se refería el derogado art. 295 CP/95, ya que como hemos expuesto *supra* entendemos –en contra del criterio del informe de 8 enero 2013 del Consejo Fiscal y de un sector de la doctrina (CADENA, 2016)- que, salvo matizaciones, no es aplicable el art. 31 CP por cuanto –en

²¹ Artículo 129 CCom.: «Si la administración de las compañías colectivas no se hubiese limitado por un acto especial a alguno de los socios, todos tendrán la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes y los socios presentes se pondrán de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad».

Artículo 130 idem: «Contra la voluntad de uno de los socios administradores que expresamente la manifieste, no deberá contraerse ninguna obligación nueva; pero si, no obstante, llegare a contraerse no se anulará por esta razón y surtirá sus efectos, sin perjuicio de que el socio o socios que la contrajeren respondan a la masa social del quebranto que ocasionaren».

²² La inclusión de los socios como sujetos activos del delito, que no dejó de causar perplejidad en algún sector de la doctrina se produjo por mor del Grupo Popular a través de una enmienda *in voce* como se desprende del Diario de sesiones del Congreso de los Diputados del día 6 de junio de 1995, pág. 15.

²³ Vid. nota *ut supra*: «Aceptamos también la enmienda *in voce* del Grupo Popular al art. 296, que incluye entre los sujetos activos, susceptibles de incurrir en la transgresión penal a la que se refiere este artículo, no sólo a los administradores de hecho o de derecho, sino a los propios socios de estas entidades mercantiles. La inclusión de la expresión “y los socios” después de “los administradores de hecho o de derecho” nos parece pertinente en la forma en que la plantea en el Grupo Popular»

²⁴ Véase SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO, citada, 2013.

palabras de FARALDO (2015, 419) el art. 31 CP “sólo es aplicable al administrador de hecho de una persona jurídica que desempeñe el cargo de administrador de otra persona jurídica, no al que aquí nos ocupa”²⁵.

No obstante, no podemos olvidar que el administrador de hecho no ha quedado al margen de la categoría de sujetos activos del “nuevo” delito de administración desleal de patrimonios ajenos cuando estos son patrimonios sociales, ya que siguiendo su caracterización ya expuesta por la STS -2ª- 59/2007, de 25 enero, citada, “el que manda en la empresa” o “el que sin ostentar la condición de administrador de derecho ejerce poderes de decisión”, es decir, el dominus o el que tiene el dominio del hecho de la acción, no es ajeno o bien a la autoría ex art. 28 CP ocupando la posición de principal en la autoría mediata o instrumental –siendo el instrumento el formalmente considerado administrador de derecho- o bien a otras formas de participación criminal como la inducción y cooperación ex art. 28 CP o la complicidad ex art. 29 CP.

En las estructuras organizativas piramidales es patente que aquellos que ocupan los cargos más elevados de la organización y son los autores intelectuales de las conductas penales se alejan ostensiblemente de la realización de las conductas materialmente típicas, que vienen realizadas por quienes ocupan los escalones intermedios o inferiores de la organización, sobre los que pesan las pruebas directas de la autoría²⁶. Quedarse, en consecuencia, con el castigo de esos sujetos y no abarcar a los primeros, no es correcto, tanto desde el punto de vista de la delimitación del sujeto activo como de la conducta típica.

Es importante observar, que cuando el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252/CP 2015 se proyecta sobre patrimonios sociales y, por tanto, tiene un carácter de delito societario, debe aplicársele las mismas consideraciones que sobre el sujeto activo de los demás delitos societarios se han hecho, en especial, los conceptos de administrador de hecho y de derecho.

Esos sujetos activos se nombran expresamente en los demás delitos societarios, es decir, en los arts. 290 CP (falsificaciones contables), 293 CP (negación de derechos a los socios) y 294 CP (obstaculización a la acción inspectora). Y se nombraban en el derogado art. 295 CP/95. En consecuencia, entendemos que en el nuevo art. 252/CP cuando la administración desleal se refiere a un patrimonio ajeno social o societario también pueden ser sujetos activos los administradores de hecho, que lo son para los demás delitos societarios de los arts. 290, 293 y 294 CP.

Téngase en cuenta que el Código de Comercio en su arts. 281 y ss. contempla otras formas del mandato mercantil, entre las que se encuentran los apoderados o mandatarios generales o singulares, los gerentes y factores. Como se indica en el Capítulo II de este libro, epígrafe 2.II.1.1., desde el punto de vista normativo estas personas no son administradores en sentido estricto pero pueden tener la consideración de administradores de hecho, salvo que se consideren que por la vía negocial adquieran la condición de administradores de derecho.

También serían administradores de hecho aquellos que pudieron serlo de derecho por haber sido nombrados y aceptado el cargo, constituyéndose en órgano social administrativo, se encuentran incursos en vicio que le inhabilita por la función: por nulidad de su nombramiento, por la falta de inscripción del mismo en el Registro o porque hayan cesado su mandato por revocación o cumplimiento del término.

²⁵ RAMOS (2015, 533) se muestra favorable a considerar sujeto activo al administrador de hecho, en base al art. 1888 y ss. CC y art. 31 CP.

²⁶ Esta idea se expresa con acierto por el magistrado Jorge Barreiro en el Voto particular emitido en la STS -2ª- 657/2013, de 15 julio (Granados), en el que se absuelve extrañamente al ex presidente de les Illes Baleares, Jaume MATAS PALOU en el llamado “Caso Concurso”, “Caso Contrato Menor” y “Caso Subvención”, de los delitos de prevaricación y malversación de caudales públicos, confirmando la condena por un delito de tráfico de influencias. Ver DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (una visión jurisprudencial crítica)*, editorial La Ley, 2014, y mi comentario jurisprudencial crítico a esta sentencia en el diario La Ley nº 8201, jueves 28 noviembre 2013.

En esta línea expansiva, no puede omitirse la inclusión dentro del concepto de administrador de hecho de aquellos a los que les hubiese caducado el nombramiento.

Así las cosas, se puede concluir que en definitiva, desde una perspectiva netamente penal, puede extenderse, en un sentido amplio, el concepto de administrador de hecho a todo aquel que materialmente ejerza en la sociedad un poder decisorio sobre las parcelas de gestión examinadas: particularmente, además, en los supuestos de socio único o integrado en un grupo mayoritario que no forma parte de los órganos de administración formal, y a los que impone sus decisiones, a través de las órdenes oportunas que éstos se limitan a ejecutar como meros voceros del parecer de aquél. Situación de prevalencia que también puede hacerse extensiva a las sociedades en “holding” en las que el criterio viene establecido por la sociedad madre, cuyos administradores de derechos, se convierten en administradores de hecho de las sociedades filiales que acatan la dirección de aquella sin alternativas. Y todo ello, sin perjuicio de la delimitación de dicho concepto frente al de administrador de derecho en el área mercantil en la que las funciones de éste y los cauces en su favor por la propia configuración del orden asegurado sin que ello comporte una minoración de la responsabilidad de los administradores de hecho respecto a los de derecho, sino únicamente el establecimiento de una necesaria prelación procesal para la exacción de sus respectivas responsabilidades en los supuestos de concurrencia (STS -1ª- 30 julio 2001).

Por último, el *extraneus*, como sujeto activo, es contemplado en este delito especial propio como una modalidad de participación accesoria de cooperación necesaria ex art. 28 CP, en la STS -2ª- 350/2011, de 2 febrero (Ramos). Es decir, no son autores sino que se reputan autores en concepto de partícipes. Ello quiere decir, que el principio de accesoriiedad que rige la participación exige la concurrencia de un autor principal del hecho delictivo, bien sea único o plural (coautoría) por lo que el *extraneus* tendrá responsabilidad penal como partícipe siempre que exista un autor o coautor del hecho.

2.1.2. El sujeto pasivo

En el nuevo art. 252 CP/2015 la conducta típica se refiere a la administración del “*patrimonio ajeno*” y tiene que causar un perjuicio “*al patrimonio administrado*”. El sujeto pasivo será el titular de ese patrimonio ajeno administrado, que puede ser una persona física o jurídica. En el caso de los delitos societarios, que estamos examinando en esta obra, el titular es la sociedad ya que el patrimonio administrado hay que entenderlo como patrimonio social o societario.

La STS -2ª- 719/2015, de 10 noviembre (Sánchez Melgar) sostiene en su FJ 3º que:

“ (...) en el delito de administración desleal el perjuicio no se origina a un tercero, sino a la sociedad administrada, o bien el perjuicio se genera a algunos de sus socios; en palabras del nuevo art. 252 del Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) «al patrimonio administrado», y tal perjuicio se traslada a los socios como es natural. En realidad, el concepto de patrimonio administrado es similar al del art. 295 que, en cierto modo, sustituye, en tanto que en éste el perjuicio había de originarse a «sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren», que es una descripción más detallada pero que responde al propio concepto, pues todos esos elementos se corresponden, sin duda, con el concepto de patrimonio administrado. No puede entenderse que el patrimonio administrado se lesione y a los socios tal perjuicio no les afecte. Económicamente la correspondencia es un hecho innegable.

El art. 295 ha sido suprimido, y traspasado su contenido al nuevo art. 252, bajo el *nomen iuris* de una Sección que se intitula "De la administración desleal". Este nuevo precepto castiga a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encarnadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. Se comprenden en el mismo toda clase de administradores, y no solamente los sociales, como en el derogado art. 295, que infrinjan el deber de lealtad con su principal, excediéndose de sus

facultades, esto es, actuando antijurídicamente, y de esa manera causen a dicho administrado un perjuicio de naturaleza patrimonial. La Ley de Sociedades de Capital ofrece pautas para determinar el vínculo de lealtad que se quebranta, pero no tipifica el delito.

El perjudicado por este delito no debe ser un tercero a la sociedad, pues si lo fuera el tipo aplicable debería ser el art. 253, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, es decir, constituiría una apropiación indebida.

En efecto, la STS 476/2015, de 13 de julio, ha declarado que la diferencia entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal con arreglo a los criterios jurisprudenciales, se ha de cifrar en lo siguiente: Cuando el acusado dispone con carácter definitivo del dinero que se le entregó en administración, actuando con vocación de permanencia y sin visos de retorno, ha de aplicarse el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción (art. 252 del C. Penal). Se aplica el delito societario del art. 295 del C. Penal cuando el administrador incurre en un abuso fraudulento en el ejercicio de sus facultades por darle un destino al dinero distinto al que correspondía, pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva del mismo en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce.

En el caso enjuiciado, el perjudicado lo habrá sido el socio de Inverurge -Sr. Fausto-, que puso dinero en la sociedad, de la cual era partícipe social al 49%, mediante la aportación dineraria que efectúa una tercera sociedad controlada por él, la citada Iber Connection Publicidad. En consecuencia, la perjudicada es la sociedad de la cual aquel es socio”

Tras la reforma penal de 2015, como hemos referido *supra*, en opinión de FARALDO (2015, 418), en el nuevo delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015, quedan fuera de los sujetos pasivos los cuenta partícipes dado que en este caso no concurre la nota de ajenidad del patrimonio administrado, salvo que el cuenta partícipe no transmita el bien que se integra en el patrimonio administrado sino simplemente su uso, como sería el caso de que la aportación se concrete en el uso de un local.

La STS -2.ª- 655/2010, de 13 julio (Berdugo), sobre el sujeto pasivo, decía lo siguiente:

«*El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir ‘depositantes’), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.*»

RAMOS (2015, 533) sostiene que “La condición de sujeto pasivo vendrá determinada por la titularidad exclusiva o compartida del patrimonio administrado, aunque en el caso de determinadas masas patrimoniales sin titular (por ejemplo, herencia yacente) o de entidades sin personalidad jurídica (por ejemplo, sociedades irregulares) sea preciso acudir a determinadas ficciones (artículos 6.4º y 5º y 7.5 y 6 LEC). De cualquier manera, recuérdese que tras la reforma no será aplicable el requisito de perseguitibilidad previsto en el art. 296 CP”

Con la nueva redacción del art. 252 CP/2015, hay que concluir que el sujeto pasivo es el titular del patrimonio ajeno administrado, el cual en el caso que examinamos, será el titular del patrimonio ajeno administrado social o societario. Fórmula amplia que comprende todos los supuestos examinados en el estudio del derogado art. 295 CP/95²⁷

²⁷ Vide in extenso SEQUEROS SAZATORNIL, F. y DOLZ LAGO, MJ, *Delitos societarios...* citado (3ª edición, (2013), capítulo VII, págs. 499 y ss.

2.2. La conducta típica

2.2.1. La acción típica: la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad como alternativa a la contracción de obligaciones

El nuevo art. 252.1º CP/2015 considera conducta típica del delito de administración desleal de patrimonio ajeno la infracción por exceso de las facultades de administración de dicho patrimonio por parte de los administradores que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

La conducta típica del derogado art. 295 CP/95 se refería a los administradores que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio económico evaluable.

Como se ve, en cuanto al tipo objetivo, se mantiene el tipo de abuso, ya que en el derogado art. 295 CP/95 se mencionaba expresamente “*con abuso de las funciones propias de su cargo*” y en el nuevo art. 252.1º CP/95 se castiga la infracción “*con exceso de las facultades de administración*”. El tipo subjetivo se verá más adelante pero ya se puede decir que el nuevo art. 252.1º CP/2015 suprime el ánimo de lucro propio o de tercero y sólo exige que el dolo del autor abarque la intención de causar perjuicio al patrimonio administrado. Es un tipo de resultado y de daño.

También, ambos tipos objetivos exigen la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, que si bien en el nuevo art. 252.1º CP/2015 no se especifica que sea “*económicamente evaluable*”, debe interpretarse que así tiene que ser ya que el nº 2 del mismo precepto determina la necesidad de esa evaluación al indicar “*si la cuantía del perjuicio patrimonial no excede de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses*”, configurando así el delito leve de administración desleal de patrimonio ajeno.

A mayor abundamiento, esta evaluación económica es obligada para la penalidad, ya que el art. 252.1º CP/2015 se remite a los arts. 249 o, en su caso, al art. 250, que obligan a valorar “*el importe de lo defraudado*” (art. 249), especialmente el art. 250, que recoge tipos agravados en función a la valoración económica del perjuicio causado cuando excede de 50.000 euros (art. 250.1º.5º CP)

En el ámbito de los delitos societarios, puede interpretarse que las modalidades principales de la conducta típica del delito de administración desleal de patrimonio ajeno del art. 252 CP/2015 mantiene las del derogado art. 295 CP/95, ya que, como se ha explicado antes, el tipo penal si bien pretendía sólo recoger un tipo de abuso, al final también ha recogido un tipo de infidelidad, al contemplar en la acción típica las facultades para *administrar* en lugar de las para *disponer* que venían en la redacción original del precepto en el Anteproyecto ley.

Administrar una sociedad según el art. 209 TRLSC 2010, ya que no hay un concepto penal de administración, es gestionarla y representarla en los términos de la misma ley. Como indica BACIGALUPO (2015)²⁸ siguiendo al modelo austriaco “que inspiró al legislador español en la reforma de 2015 en esta materia, las facultades de administración presuponen que alguien tenga la posibilidad de *disponer* de los bienes patrimoniales ajenos administrados y de obligar a ese patrimonio frente a terceros. Precisamente en esto consiste gestionar y administrar. Quien gestiona puede disponer y quien representa puede *obligar*. En la doctrina austriaca se afirma que “la administración desleal presupone el poder para crear efectos jurídicos para otro”

²⁸ El cual, por otra parte, se extiende en el estudio de las causas de justificación de este delito que excluirían la antijuricididad en base a las dispensas de los deberes de los administradores contenidas en el art. 230.2 LSC 2010 según redacción dada por Ley 31/2014 o, excepcionalmente, en los supuestos de delegación “*en los casos en los que los consejeros no hayan realizado personalmente la acción requerida por la protección del patrimonio administrado, pero la hayan encomendado a personas capacitadas para hacerlo de una manera formal y hayan ejercido la vigilancia debida sobre el buen desempeño del delegado*”. Sobre los problemas de la delegación en relación con la autoría, Véase CADENA, 2016.

Esa remisión al concepto de administración permite interpretar que se mantienen las modalidades del tipo de infidelidad contenido en el derogado art. 295 CP/95 ya que la administración en las sociedades mercantiles conlleva para los administradores la observancia de los deberes establecidos legalmente en el TRLSC 2010, según redacción dada por Ley 31/2014, de 3 diciembre.

En especial, los de diligencia, lealtad y fidelidad ex arts. 225 a 231 TRLSC 2010, que conlleva un régimen específico, incluidas las acciones de responsabilidad previstas en el art. 236 TRLSC 2010 ex art. 232 del mismo cuerpo legislativo.

Por ello, mantenemos las consideraciones que hacíamos en nuestros anteriores estudios alrededor de las modalidades del derogado art. 295 CP/95, que se expresan a continuación.

El comportamiento se desdoba en la opción disyuntiva que el precepto establece, a saber: «*disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraer obligaciones a cargo de ésta*»²⁹.

La primera modalidad dinámica comporta, desde su literalidad, *un acto de disposición*, y en ese orden el DRAE entiende por *disponer*, entre otras acepciones ajenas a la perspectiva jurídica abordada, la acción de: «Ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a la posesión y disfrute». Por lo que en consecuencia tanto comportará aquélla la extracción del patrimonio social de un bien que le pertenezca o administre con el fin de trasladar su titularidad a un tercero, como la disminución de su valor con la imposición de un gravamen en beneficio de éste. Por lo que pueden incluirse dentro de esta primera modalidad tanto los actos paradigmáticos de traslación de la propiedad (enajenación, *permuta*) como aquellos que únicamente conlleven su uso o utilización sin afectar a su titularidad³⁰.

Frente a esta acepción amplia se destaca otra restringida que incluso llegó a tener eco en alguna resolución judicial³¹, limitando el comportamiento desleal a los actos concretos de disposición fraudulenta *stricto sensu*, muy distanciada, en todo caso, de otros posicionamientos de la doctrina científica reduciendo los comportamientos dispositivos a la acción de verificar estrictamente actos de apropiación o distracción de los bienes sociales, lo que de admitirse comportaría verdaderas dificultades a la hora del deslindar el delito de administración desleal del de apropiación indebida. Mas allá, incluso, para CASTRO MORENO y otros autores –abundando en la tesis antes discutida– la disposición de los bienes sociales nunca será siquiera una apropiación indebida³². «Así cuando la conducta llevada a cabo revele una auténtica voluntad apropiatoria la calificación que corresponderá será la de apropiación indebida. Cuando el acto dominical ilícitamente realizado no sea de carácter definitivo, el delito a aplicar será el de administración desleal de sociedades»³³.

²⁹ La incorporación de dicha opción en la conducta típica se introdujo en el texto de 1995 por mor de la enmienda 400 del GPP, sustituyendo a la redacción inicial que recogía una fórmula más amplia y abstracta.

³⁰ De esta opinión es GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien «La acción típica es objeto de una definición de gran amplitud, al poder realizarse disponiendo fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrayendo obligaciones a cargo de ésta. Al margen de los supuestos más flagrantes en los que el administrador se apropiá directa o indirectamente de bienes cuya gestión le está encomendada, pues el delito se verifica también cuando se produzcan un *abuso de la firma social* y el administrador contraiga obligaciones por cuenta de la sociedad que obedezcan a motivos impropios y que no estén amparadas por la búsqueda del interés social. La extensión de la fórmula legal refleja claramente la voluntad del legislador de abarcar con esta figura delictiva prácticamente cualquier supuesto de administración fraudulenta, por el que los administradores se sirvan de sus facultades gestoras para obtener una ganancia personal o para beneficiar a un tercero en detrimento de los genuinos intereses sociales (algo que también parece confirmar la propia experiencia de otros ordenamientos en los que el tipo penal equivalente suele ser objeto de una profusa aplicación; así ocurre, por ejemplo, en Francia, donde actualmente está en curso un debate parlamentario sobre la posible reforma del delito de «*abuso de bienes sociales*» al objeto delimitar su ámbito de aplicación, como consecuencia de ciertos casos especialmente polémicos que han afectado a dirigentes de grandes empresas) (*Los delitos societarios, un enfoque mercantil*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1996, págs. 96-97).

³¹ Cfr., en este orden, el Auto de la Sección 6.^a, de la AP de Barcelona de 29 de junio de 1999, rec. 298/1999 (Béjar García)

³² Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, GARCÍA ARÁN, MARTÍNEZ PEREDA, GARCÍA-VALDÉS, citados por CASTRO MORENO, A. en op. cit. ut supra: *El delito societario de administración desleal* (art. 295 CP), editorial Marcial Pons, Madrid, 1998, nota 357, pág. 295.

³³ Ibidem, pág. 299.

FERNÁNDEZ TERUELO, sin embargo, se inclina por una interpretación más amplia del concepto de *disposición* que desborda el marco asignado en el orden civil a la clásica división tripartita de los actos jurídicos, en actos de *administración*, de *conservación* y *disposición*. Para el comentarista citado es la exigencia de que tenga lugar una *modificación jurídica* la que impide asimilar la concepción civil del acto de disponer a las exigencias del tipo penal comentado. Y ello en razón de que la figura de la administración desleal, comporta una aceptación más amplia en su comprensión «que puede incluir conductas no apropiatorias, pero perjudiciales, para patrimonio administrado». Añadiendo que «si en la apropiación indebida el autor se apropiá indebidamente, en la administración desleal el administrador administra de un modo desleal» para concluir con la afirmación de que: el castigo de tales conductas no es posible con las manifestaciones propias de la apropiación indebida, que comportan la exigencia de que se produzca una transformación de la lícita posesión en ilícita propiedad, pudiendo ser suficiente su uso, tenencia o utilización siempre que se verifique de manera fraudulenta. Lo que permitirá sancionar los usos lícitos del patrimonio administrado sin necesidad de probar su apropiación, así como otros muchos supuestos en los que se constate un perjuicio patrimonial consecuente con una fraudulenta administración³⁴, como los derivados de todo uso abusivo o impropio contrario al interés social, en los que sería suficiente con que la conducta de los administradores a la hora de disponer del dinero, los valores o los bienes se hubiera guiado por el fin espurio de perseguir un interés ajeno al societario³⁵.

En segundo lugar, el precepto establece como acción dinámica la de *contraer obligaciones a cargo de la sociedad* gravando con las mismas el activo de la entidad con prestaciones cuya satisfacción soporta éste y cuya realización conforma el *abuso* al que hemos aludido, al constituir en sí mismas extra-limitaciones o desviaciones de los cometidos del administrador.

Las obligaciones asumidas comportan, en consecuencia, una disminución del patrimonio social, que tanto se puedan expresar a través de negocios que impliquen traslación de dominio de un bien concreto, propiedad de la entidad, como de la imposición de cargas a éstos (*hipoteca, prenda*, etc.). En este orden, además del uso de dichas garantías en detrimento de la sociedad, podrían incardinarse acciones fraudulentas como la obtención por los administradores de créditos en su propio y exclusivo beneficio, cuyo incumplimiento generaría además la ejecución de la garantía; la transferencia a la sociedad de los aspectos negativos o las cargas derivadas de una operación propia de los administradores o la adquisición de acciones de la sociedad con cargo al patrimonio de la misma y «aparcadas» en poder de fiduciarios con el fin de disponer de sus derechos políticos para definitivamente conseguir la mayoría necesaria para la aprobación de su política de gestión o de acuerdos polémicos³⁶.

En ambos casos la *actuación* debe ser *fraudulenta*, en razón de que la administración del patrimonio no se orienta prioritariamente al beneficio de la sociedad, sino al de los administradores o terceros³⁷.

Con el dual proceder se configura un *delito de resultado material de lesión*, en razón de que para su consumación se exige desde el precepto que se cause un perjuicio susceptible de cuantificarse y en consecuencia económicamente evaluable al sujeto pasivo, es decir, al titular del patrimonio ajeno social administrado ex nuevo art. 252.1 CP/CP 2015.

³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO: *Los delitos societarios en el Código Penal Español*, editorial Dykinson, Madrid, 1998, nota 237, págs. 333-334.

³⁵ Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ en: *Los delitos societarios*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1996, nota 69, pág. 187, asimilando esta última modalidad de fraude al *usage abusif*, del derecho francés, consistente en: destinar a un fin que no es el propio, las cosas recibidas o acto contrario a la finalidad de un derecho. Con cita de su vez de DELMAS-MARTY en *Droit Penal des affaires*, Tomo 1-2, 3.^a Edición, París, págs. 45 y 288.

³⁶ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia*, VVAA, editorial Trivium, Madrid, 1997, nota 54, pág. 3050.

³⁷ Cfr. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: *Los delitos*, vid. op. cit. ut supra, nota 69, págs. 186-187.

Mayor dificultad supone desentrañar cuando el perjuicio aludido ha sido como consecuencia directa de actuación de los administradores –como exige el precepto– o indirecta o refleja, en cuyo caso, no quedaría cubierta la transgresión por el precepto abordado.

La cuestión no deja de ser relevante planteando –a juicio de VALLE MUÑIZ– serios problemas de interpretación, al imponerse normativamente las condiciones en sede de relación de causalidad de *imputación objetiva* que en la práctica pueden suponer barreras infranqueables para la intervención penal.

Y es que en efecto –como observara el malogrado autor– «a poco que se conozca la realidad del mundo societario se convendrá en que las posibilidades de imputar objetivamente una disminución del valor económico del patrimonio de un socio a determinado comportamiento del administrador o administradores de una sociedad mercantil es mínima. Las innumerables variantes a que está sujeto el valor económico de la participación de un sujeto en una sociedad mercantil, convierten en gigantesca la tarea de aportar elementos probatorios que permitan afirmar el nexo causal y las condiciones de imputación objetiva»³⁸.

En cualquier caso, ambos comportamientos: disposición fraudulenta de bienes de la sociedad y contracción de obligaciones a cargo de ésta, no deben conducir a una separación conceptual de su significado, en la medida en que en muchas ocasiones pueden coincidir.

En este orden, en efecto, la segunda de las conductas descritas constituye con su amplitud una modalidad de administración irregular abierta a cualquier tipo de gravamen sobre bienes inmuebles que se traduzcan en una reducción o disminución de su valor venal.

En esa dimensión, la constitución de garantías reales sobre bienes de la sociedad para garantizar el cumplimiento de obligaciones personales, constitutiva de uno de los ejemplos más típicos de administración desleal, se configura estructuralmente como un acto complejo en la dinámica descrita en el derogado art. 295 CP/95, aplicable al nuevo art. 252 CP/2015, que tanto puede incardinarse como acto de disposición fraudulenta de bienes sociales: cuando el crédito se solicite en nombre de la sociedad y para ella desnaturizando su finalidad al aplicarlo a los usos propios del administrador, como contracción de obligaciones: cuando el préstamo se solicita a nombre de los administradores gravándose no obstante el patrimonio social en garantía de su devolución.

A lo largo de estos años, la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS, si bien se ha esforzado en distinguir el delito de administración desleal del delito de apropiación indebida, como se ve en los supuestos concursales, ha ido emitiendo algunos pronunciamientos sobre la conducta típica del derogado art. 295 CP/95, extrapolable al nuevo art. 252.1 CP/2015, en su modalidad de administración desleal de patrimonio ajeno social, que inciden en cuestiones como doctrina general sobre la cuestión, el concepto de perjuicio, el engaño, las modalidades de administración desleal y requisitos, que pasamos a extractar.

A modo de doctrina general sobre la conducta típica, la STS -2.^a- 769/2006 de fecha 7 junio (Saavedra) señala lo siguiente en su FJ 2.^º:

«Centrándonos ya en este ámbito exclusivo de la administración desleal, es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico. Hemos expuesto en numerosas sentencias (por todas, SSTS 867/2.002, caso Banesto, y 71/2.004, caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distractando el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados

³⁸ Cfr. VALLE MUÑIZ: *Comentarios al nuevo Código Penal*, VVAA, editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, nota 85, pág. 1335.

a su particular patrimonio, sino únicamente que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo. El tipo, pues, no requiere en todos sus casos de un “animus rem sibi habendi”, aunque tampoco lo excluya, y para su perfección en el plano subjetivo sólo precisa de un dolo genérico sobre el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal. Si el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa prevaliéndose de las funciones propias de su cargo con la intención de obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. De entre los elementos objetivos del tipo, debemos destacar a los fines del presente recurso el perjuicio social y el correlativo beneficio propio o de terceros. Como ya hemos dicho, este “beneficio” del que habla el art. 295 del Código Penal no implica forzosamente un ingreso en el patrimonio personal de bienes pertenecientes a la sociedad (supuesto al que ya hemos hecho mención y que esta Sala ha resuelto en numerosas ocasiones, interpretando conjuntamente los arts. 295 y 252 del Código Penal), sino que basta con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada del comportamiento desleal. Esta conducta puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros –o, normalmente, competidores– proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación indebida. En suma, la amplitud conceptual de los elementos objetivos del “perjuicio social” y del “beneficio ajeno a la sociedad” puede comprender la realización material de cualquier conducta de administración desleal consistente en disponer fraudulentamente o en contraer obligaciones con cargo a la sociedad que originen ese daño económico evaluable a los socios depositantes, cuenta participes o titulares de bienes, valores o capital que administren.»

La STS -2.ª- 655/2010, de 13 julio (Berdugo) señala:

«...el tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes (“depositarios” dice la norma), cuenta participes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. En este punto puede ser útil distinguir entre el sujeto pasivo de la acción (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el sujeto pasivo del delito (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir ‘depositantes’), cuenta participes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo.

El delito es de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un “perjuicio económicamente evaluable”, entendiendo por “perjuicio” tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. “Económicamente evaluable” significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial.

En definitiva, tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren –como se dice en la STS. 841/2006 de 17.7– la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así) de un perjuicio económico evaluable a los socios o a los terceros comprendido en la norma penal. La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en sentencias 915/2005 de 11.7, 402/2005 de 10.3, 554/2003 de 14.4». (F. J. 5.º)

Sistematizando los requisitos del tipo, la STS -2.ª- 1046/2010, de 29 noviembre (Sánchez Melgar) dice:

«Como hemos declarado en la STS 91/2010, de 15 de febrero, son sus requisitos:

- a) En cuanto al sujeto activo, que se trate de los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación.
- b) La acción nuclear es doble: o bien la disposición fraudulenta de los bienes, o, también, la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad. La nota de lo “fraudulento” queda reflejada en el “abuso” al que nos referiremos seguidamente, y se constata en el perjuicio que ha de producirse.
- c) Un elemento normativo del tipo, constituido por obrar con abuso de funciones propias de su cargo, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedades para su interpretación. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales.
- d) El resultado es un perjuicio económico evaluable a los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren. Ciertamente, el tipo penal no se refiere directamente a la sociedad, lo que constituye un defecto legal en la redacción de la norma, pero no cabe duda que el perjuicio societario comprende la proyección de tal perjuicio hacia los socios. Hemos dicho en STS 841/2006, de 17 de julio, que las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptuación económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, “el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual”. En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996, refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.
- e) Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo del delito, o de un tercero.
- f) El tipo no conlleva necesariamente el “animus rem sibi habendi”, aunque tampoco lo excluya, y ordinariamente concurrirá, por lo que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal.
- g) Este precepto requiere que la puesta en escena del mismo, lo sea en el ámbito de una sociedad mercantil, constituida o en formación, pero no en una sociedad disuelta.
- h) Finalmente, no exige el precepto una cantidad mínima que lo separe de una falta de similar tipología (como ocurre con la apropiación indebida, en la suma de 400 euros), sino que

cualquier cuantía defraudada o distraída, permite la incardinación de los hechos en este delito, y consiguientemente, se producirá su comisión.

Como hemos visto, el texto legal no se refiere a un perjuicio a la sociedad, aunque esta Sala Casacional ha interpretado que todo perjuicio a un socio causa un daño a la masa social en cuanto tal, pero la indemnización civil hubiera debido ser personal, a pesar de la mención del fallo de la sentencia recurrida, y el razonado “daño a la sociedad”, en el fundamento jurídico sexto *in fine*, en donde se explica que el daño es cierto pero de difícil determinación por tratarse de expectativas, y se fijó en la suma de diez mil euros de forma alzada. Pero, de todos modos, del texto del art. 295 del Código penal lo que queda absolutamente claro es que el abuso en las funciones del cargo por el administrador en la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad se ha de corresponder con una sociedad constituida o en formación, y de modo alguno con una sociedad disuelta, como es el supuesto enjuiciado». (F. J. 3.º)

Sobre el concepto de perjuicio, la STS -2.ª- 841/2006, de fecha 17 julio 2006 (Sánchez Melgar) ha indicado:

«Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificilosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 del Código penal, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse.

De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada.

En términos de la Sentencia de 23 de abril de 1992, “el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual”. En el mismo sentido, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida.

La jurisprudencia ha analizado casos de inexistencia de perjuicio típico en Sentencias 915/2005, de 11 de julio, 402/2005, de 10 de marzo, y 554/2003, de 14 de abril». (F. J. 12.º)

La desviación de dinero a otra sociedad integra el concepto de perjuicio en el delito societario del derogado art. 295 CP/95, según STS -2.ª- 202/2011, de 18 marzo 2011 (Maza), al igual que los daños morales (STS -2.ª- 565/2007, de 21 junio 2007 (Colmenero)

Acerca de la interpretación dada al carácter fraudulento en relación con el engaño, la STS -2.ª- 565/2007, de 21 junio (Colmenero) dice:

«El delito societario que aparece por primera vez en el art. 295 del Código Penal vigente no puede entenderse de forma que venga a suponer un tipo privilegiado respecto de acciones ya penadas en el art. 535 del Código Penal anterior y en el art. 252 del vigente cuando se ejecuten en el ámbito societario por socios o administradores. Por el contrario, debe entenderse que se trata de conductas no sancionables conforme al art. 252, que si resultan merecedoras de pena a juicio del legislador es a causa del marco societario en el que se producen, lo que les asigna una mayor gravedad. Aunque sea discutible doctrinalmente si la sanción debería extenderse a cualquier clase de administradores, la ley solo se refiere a los socios o administradores, de hecho o de derecho, de cualquier sociedad constituida o en formación, lo que excluye a los demás. Consecuentemente, los actos de distracción de dinero o bienes fungibles, así como los de apropiación de cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, seguirán encontrando su acomodo en el art. 252, se ejecuten en el ámbito societario o fuera de él. Cuestión diferente es la relativa a la distinción entre los actos de distracción, sancionados conforme al art. 252, y los de administración fraudulenta o abusiva del art. 295. Es claro que los actos de distracción de dinero, dándole un destino definitivo diferente del asignado por quien puede hacerlo en el marco del funcionamiento de la sociedad, exceden de las facultades del administrador, lo que las situaría dentro del ámbito del art. 252. Por el contrario, cuando los actos de disposición de los bienes sociales o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad se realiza dentro de las facultades del administrador, aunque se ejecutan fraudulentamente respecto de la sociedad o resultan abusivas y perjudiciales para ésta, la conducta quedará subsumida en el art. 295 del Código Penal.

Argumenta el recurrente que, siendo necesario el engaño en el delito societario por el que ha sido condenado, y excluyendo la Audiencia la presencia de ese elemento en los hechos enjuiciados, la conclusión lógica sería la absolución por imposibilidad de aplicar el referido precepto. El argumento no puede ser acogido. Es cierto que el tipo exige que la disposición de los bienes de la sociedad por parte del socio o administrador (el socio que puede disponer legalmente es en realidad un administrador al menos de hecho), se realice fraudulentamente, lo cual se relaciona con la idea del engaño. Pero es un engaño en sentido distinto del exigido para la construcción del delito de estafa, pues es claro que mientras en este último delito el engaño es causal respecto del acto de disposición que origina el perjuicio, en el delito societario es únicamente una característica de la acción, es decir, del acto de disposición, que siendo perjudicial para el patrimonio de los socios o de los demás a los que el tipo se refiere, se presenta engañosamente como un acto ordinario de administración, pero no tiene en ningún caso carácter causal respecto de aquél». (F. J. 4.º)

Por lo que respecta a las modalidades típicas, la STS -2.ª- 603/2009, de 19 mayo (Colmenero) señala que:

“3. La jurisprudencia de esta Sala respecto del delito societario del art. 295 del Código Penal, comenzó señalando que, como decía la jurisprudencia anterior al Código vigente, en el art. 535 se yuxtaponían dos modalidades. La clásica de apropiación de cosas muebles ajenas y la que llamó en la STS 224/1998 “gestión desleal”, denominada según el propio Código, “distracción”, que comete, entre otros, el administrador cuando da al dinero recibido para su administración, un destino distinto del procedente causando así un perjuicio al titular del patrimonio administrado. Se sostenía entonces que el art. 295 “ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolos, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario...”. Y, acudiendo a la figura de los círculos se-

cantes, añadía que “será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente”.

Esta línea jurisprudencial, que fue seguida por otras sentencias, entre ellas la STS n.º 1965/2000, de 15 de diciembre; STS n.º 1040/2001, de 29 de mayo, en parte, y STS n.º 37/2006, de 25 de enero, entre otras, convive con otra línea iniciada en la STS n.º 867/2002, de 29 de julio, en la que, acudiendo a la figura de los círculos secantes, se distinguía más precisamente entre ambas figuras delictivas. Y se decía que el administrador, que se sitúa en el punto de contacto de ambos círculos, puede actuar en uno o en otro, incurriendo en apropiación indebida por distracción de dinero, o bien en delito societario por administración desleal. Línea que fue seguida y ampliada en la STS 915/2005, de 11 de julio, luego reiterada en la STS n.º 565/2007, de 21 de junio, en la que, diferenciando entre las acciones del administrador de una sociedad que dentro del ámbito de sus funciones ejecuta fraudulentamente actos de disposición de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones a cargo de ésta causando un perjuicio a sus socios, depositarios, cuenta participes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, de aquellas otras en las que, superando las facultades atribuidas, realiza actos sobre el patrimonio administrado que suponen apropiación de los bienes o distracción del dinero recibido, entendiendo por esto último, actos de disposición de significado equivalente al acto de apropiación, en cuanto separan definitivamente el dinero recibido del destino fijado al realizar la entrega, en tanto que ésta incorpora una obligación de devolver o entregar a un tercero otro tanto de la misma especie y calidad. Y así se decía que la distracción tiene lugar “cuando el autor que ha recibido una cosa fungible dispone de ella más allá de lo que le autoriza el título de recepción, dándole un destino distinto al previsto en aquél, con vocación definitiva”.

Podría decirse, en este sentido, que en el primer caso, administración desleal del art. 295, se infringe un deber de fidelidad del administrador hacia el titular del patrimonio administrado, causando un perjuicio como consecuencia de actos de administración (actos de disposición sobre bienes de la sociedad o suscripción de obligaciones a su cargo) fraudulentamente adoptados, mientras que en el caso de la distracción de dinero, (art. 252), lo característico es el abuso de las facultades del administrador, que aprovecha su posición para ir más allá de aquello a lo que está autorizado, causando también un perjuicio al titular del patrimonio administrado, pero no como consecuencia de la adopción de actos auténticos de la administración encomendada, sino a causa del desvío del dinero recibido hacia un objeto o finalidad distintos de los prefijados en el título de recepción, y consiguientemente, fuera de los límites establecidos por su competencia como administrador.

Para esta segunda línea de interpretación de los tipos no puede afirmarse que el art. 295 tipifique conductas ya antes sancionadas en el anterior art. 535, asignándoles ahora menor pena en atención a su comisión por un administrador en el ámbito societario, pues tal entendimiento de la ley carece de justificación posible. En consecuencia, deberá tratarse de conductas distintas de las que se comprendían entonces en aquel artículo y ahora en el art. 252. La cuestión, pues, es el criterio diferencial que permita, además, justificar la menor pena para el delito societario, lo cual no ocurre en todas las legislaciones (a estos efectos, art. 266 del Código Penal alemán). Criterio que, para la línea jurisprudencial citada en segundo lugar, tiene en cuenta que en la distracción de dinero del art. 252, el autor realiza actos que implican un abuso de sus facultades de carácter extensivo, operando más allá de las facultades atribuidas, ejecutando aquello que de ninguna forma podría ejecutar, al situar los caudales administrados definitivamente fuera del control de quien se los encomendó sin que éste reciba contraprestación alguna, mientras que en la administración desleal del art. 295, el abuso requerido por el tipo es solo intensivo, actuando dentro de lo permitido por las facultades que le corresponden, pero de forma desleal, traicionando el deber de fidelidad con la sociedad titular de los bienes o caudales que administra, al realizar fraudulentamente, en cuanto se separa de los fines sociales, actos de disposición o al contraer obligaciones a cargo de aquella, de los que se deriva un perjuicio para los socios o demás sujetos a los que se refiere el tipo. Sin duda existirán supuestos dudosos, en los que la apariencia de la acción pueda ajustarse más a la administración desleal aunque el resultado lo

acerque a los casos de distracción. Un criterio de distinción útil sería la admisibilidad de la operación según criterios aceptados dentro del funcionamiento normal del mercado de que se trate, concepto necesariamente indeterminado. La jurisprudencia ha señalado (STS n.º 949/2004) en este sentido, que el tipo de la infidelidad del administrador del art. 295 "se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad". (F. J. 1.º)»

Más reciente, en el mismo sentido, STS -2ª- 47/2016, de 3 febrero (Andrés), que recuerda en FJ 5º: "(...) esta sala tiene declarado en múltiples sentencias, uno de los elementos integrantes, sino quo non, de la conducta punible consiste en disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad o en contraer obligaciones a cargo y en perjuicio de esta (por todas, STS 864/2008, de 16 de diciembre) (...)"

2.2.2 El abuso de confianza como presupuesto para su configuración

Como se ha expuesto *supra*, el nuevo delito de administración desleal de patrimonio ajeno, cuando se refiere al patrimonio ajeno social o societario, no sólo es un tipo de abuso, como sostiene parte de la doctrina tras los avatares del *iter legislativo* que abocó a la actual redacción del art. 252.1 CP/2015, en el que aparentemente se suprimieron las referencias contenidas en el texto del Anteproyecto a la infidelidad, sino que mantiene el tipo de infidelidad al referirse la conducta típica al que tiene facultades de "administración", en las que, sin duda, se encuentran los deberes de lealtad y fidelidad de los administradores sociales, establecidos legalmente en el TRLSC 2010.

También sostenemos que la infidelidad que se produce por la quiebra de la confianza es inherente al tipo penal. En el mismo sentido, pensamos, se pronuncia la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS -2ª- 599/2014, de 18 julio (Del Moral) suprime la agravante de abuso de confianza en el delito de administración desleal del derogado art. 295 CP/95 al estimar que sólo se podría admitir si su fuente fuera ajena a la administración desleal (v.gr. amistad anterior) "(...) *Toda administración desleal comporta por definición un abuso de confianza pues ha de ser efectuada por quien ostenta un cargo -administrador social- que se basa precisamente en relaciones de confianza. El abuso de las funciones del cargo que exige el tipo implica por lógica habitualmente un abuso de la confianza en la que ordinariamente descansa ese cargo (...) El quebrantamiento de vínculos de confianza es elemento ínsito en toda administración desleal.*"

Por ello, mantenemos las reflexiones que hacíamos sobre el derogado art. 295 CP/95 en punto al abuso de confianza.

En la indagación de la esencia de su antijuricididad se ha discutido si la misma radica en un abuso de poder o en la infracción de los aludidos deberes de lealtad y fidelidad, cuando realmente en ambas clase de comportamientos con infracción de los deberes del cargo confluyen en los distintos tipos de administración desleal descritos en el precepto, aunque en el mismo parece darse una mayor relevancia al abuso definido en la descripción típica, referido objetivamente a la función propia de su cargo, más que los principios en que definitivamente deben soportarse³⁹.

En ese orden el cargo de administrador se sustenta en una relación de confianza que no puede comprenderse sin la exigencia paralela de los deberes de diligencia y de lealtad frente a la sociedad y frente a sus órganos. Ya que en efecto, los administradores se hallan vinculados con la sociedad con una peculiar relación conocida en el ámbito norteamericano con la denominación de «*fiduciary relationship*» que se traduce en un régimen de incompatibilidades entre la gestión de sus intereses y los de la sociedad, a la vez que primordialmente arbitra una amplia serie de medidas para garantizar que la conducta de los administradores discurra por cauces de diligencia y de lealtad.

³⁹ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Comentarios al nuevo*, vid. *supra*, nota 54, págs. 3047-3048.

En esa línea de intenciones el deber que diligencia trata de evitar que los administradores gestionen negligentemente los intereses de la empresa, dedicando más tiempo a los suyos personales que a los de ésta.

La *lealtad*, sin embargo, no debe confundirse con la obediencia ciega en la medida en que la misma no exonera a los administradores del cumplimiento de sus obligaciones legales. La lealtad debe entenderse como un comportamiento de sumisión y fidelidad cuya finalidad es evitar que los administradores obtengan beneficios a expensas de la sociedad en un conjunto de situaciones en las que pueden entrar en conflicto los intereses propios de éstos frente a los de la sociedad que administran.

En la misma línea el *deber de fidelidad* entraña un comportamiento consciente de subordinación de aquellos intereses a los de éstos. Y así particularmente, cuando los intereses protegidos por la obligación jurídica que dé origen al vínculo son de naturaleza patrimonial, aparece una obligación de fidelidad patrimonial, que comporta cuando menos el deber de no dañar en beneficio propio o ajeno, o, sin propósito definido, los intereses administrados. Por lo que, en consecuencia, el deber de fidelidad impone una serie de comportamientos, lesivos, que consisten básicamente en la proscripción de actos que supongan primar los intereses personales o de terceros por encima de aquellos cuya tutela se ha entregado al administrador, y activos, en cuanto el sujeto obligado debe tomar las medidas que sean necesarias para la protección de los intereses encomendados a su cuidado⁴⁰.

En cualquier caso, el abuso de las funciones propias de su cargo, “*infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas* (las facultades para administrar un patrimonio ajeno)”, exigido en el apartado 1º del art. 252 CP/2015 y antes en el derogado art. 295 CP/95, supone una quiebra de los deberes de fidelidad, y lealtad examinados. Su adición, sin embargo, no parece modificar la estructura del tipo, hasta el punto de poder resultar superflua⁴¹, dado que solamente a través del *ejercicio del cargo* se puede llevar a cabo la acción. De lo que se infiere que más que reforzar el dolo del autor lo que se ha pretendido es delimitar el marco de su proyección. Pudiendo afirmarse que sólo los actos propios del cargo son aptos para la realización de la conducta y que cuando ésta se verifica sin relación con ellos el precepto no podrá aplicarse ante la inconcurrencia del condicionamiento normativo aludido, sin perjuicio de que los actos realizados fuera de aquéllas –al margen de su vinculación funcional con la sociedad– pueden tener otra dimensión delictiva: hurto, estafa, apropiación indebida, etc.

El abuso de funciones configurado en el precepto presenta de hecho los mismos presupuestos para su configuración que el *abuso de confianza* regulado como circunstancia agravante en el número 6 del art. 22⁴². Supone la presencia de un plus de perversidad en el quehacer del agente, lo que en principio acentúa las reprochabilidad de su conducta al quebrantar la inevitable lealtad que debe presidir relaciones especiales o vínculos profesionales laborales, de servicio, dependencia, subordinación, comunidad, convivencia y hasta de amistad, compañerismo y equivalentes, así como un atentado contra los deberes sociales, morales o éticos que el sujeto no duda conculcar y hollar en aras de la consecución de sus propósitos.

Desde esta perspectiva, el prevalimiento por el culpable de la confianza que le fue dispensada –tanto de hecho por la duración establecida, como de derecho por la regulación de la función–, propicia y facilita la ejecución del acto en condiciones de privilegio o ventaja sobre cualquier otra persona ajena al vínculo constatado o que se halle fuera de la situación favorecedora.

⁴⁰ Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Tirant monografías, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, nota 67, págs. 555 y 556.

⁴¹ En este sentido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Comentarios al nuevo*, *vid. supra*, nota 54, pág. 3050.

⁴² Artículo 22.6 CP: «*Son circunstancias agravantes...*

6. *Obrar con abuso de confianza*.

La existencia del abuso comporta, en definitiva, el quebrantamiento de un crédito otorgado por parte de la persona física o entidad que lo reconoce⁴³. No obstante, tal agravación no debe sobrevalorarse en aquellos delitos en los que la relación de confianza es consustancial a los mismos, como ocurre, inevitablemente, en el delito de administración desleal del derogado art. 295 CP/95 y del actual art. 252.1 CP/2015 en el que su quebrantamiento comporta un ataque «necesario» a un elemento esencial de su estructura entitativa, hasta el punto de que no producirse carecería de sentido la incriminación de dichas conductas, tanto desde una perspectiva ética como jurídica, particularmente desde ésta, en la que el reproche penal se construye sobre la base real de su exigencia y la correlativa preexistencia de la confianza que el desempeño del cargo entraña.

Por lo que en definitiva, se aboga por la supresión de *lege ferenda*, de la expresión comentada que anunciando un reforzamiento de la voluntariedad consciente en otros delitos, como el supuesto agravado de la estafa del artículo 250.7 CP, carece de relevancia y significado en el aludido, en los que impregna de manera necesaria el dolo del infractor, no poseyendo otro alcance semántico que el expresado en la dinámica descrita en el precepto, sin necesidad de su concreta mención.

Con ello, nos evitaríamos polémicas innecesarias acerca de si el art. 252.1 CP/2015 contiene un tipo de abuso y no de infidelidad cuando la infidelidad es inherente al abuso al quebrar éste la confianza que sustenta aquella.

2.2.3. El objeto de la acción

Desde la literalidad del derogado artículo 295 CP/95, se erigían como objeto material de la acción: *los bienes de la sociedad y el patrimonio social*, en detrimento de los cuales los administradores o socios disponen fraudulentamente o contraen obligaciones. El nuevo artículo 252 CP/2015 se refiere al patrimonio ajeno administrado⁴⁴, que es equivalente en el ámbito societario al anterior objeto material de la acción, como ya hemos dicho reconoce la STS -2ª- 719/2015, de 10 noviembre, ya citada.

Tal nitidez se compadecía mal en el derogado art. 295 CP/95 con la descripción de los bienes, valores o capital administrados que se efectuaba a renglón seguido al delimitar los titulares perjudicados, a diferencia de la redacción del art. 302 en el PCP de 1992 en el que se recogía a la sociedad como perjudicada junto a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de aquéllos quedando claro que la acción recaía sobre los bienes de ambos (sociedad y titulares citados). En derogado art. 295 CP/95 sólo se hacía alusión, en cambio, a los bienes de la sociedad, con independencia de que la conducta perjudique a los de aquéllos.

De esta forma los bienes, valores o capital administrados no parecían conformar el verdadero objeto material del delito, al circunscribirse éste con exclusividad al patrimonio de la sociedad, haciéndose alusión inmediatamente en el precepto a los posibles perjudicados por el delito. En este punto -opina BACIGALUPO ZAPATER- «lo cierto es que resulta totalmente incomprendible que el hecho de contraer obligaciones en perjuicio de otro sólo sea delito si se trata del patrimonio de una sociedad. Si estos hechos son merecedores de pena deben serlo todos los que implican obligar a otro en forma per-judicial»⁴⁵. Por lo que puede afirmarse que no obstante las modificaciones introducidas en el texto inicial del Código Penal de 1995 el espíritu de la norma pretendía cubrir el espacio inicialmente reseñado, ampliatorio del objeto material a toda clase de bienes como valores o capital de los depositarios, cuentapartícipes u otros titu-

⁴³ En tal sentido las SSTS de 31 de enero de 1985, en 20 de junio y 15 de diciembre de 1986, 30 de enero de 1987, 26 de junio de 1989 y 14 de octubre de 1991.

⁴⁴ RAMOS (2015, 534) señala que “Por patrimonio deberá entenderse el conjunto de bienes, de derechos y de obligaciones, incluyendo las expectativas razonables de beneficio o ganancia, pertenecientes a una determinada persona, física o jurídica, pudiendo tener también carácter colectivo”

⁴⁵ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER en «La problemática de la administración desleal en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho Penal Económico europeo*, Madrid, 1995. Citado por Faraldo Cabana, en nota 67, pág. 567.

lares, como habría hecho el ACP 1992, al no existir justificación alguna para los cambios introducidos en ese orden.

En todo caso la confusión podía salvarse sin mayores problemas con una interpretación amplia en sede de la expresión *bienes de la sociedad*, dentro de la amplitud con que el art. 333 y ss. del Código Civil define el término «*bienes*»⁴⁶.

En esa línea, MORENO CANOVES y RUIZ MARCO opinaban que «el concepto de bienes hay que entenderlo de la manera más amplia y omnicomprensiva (bienes y derechos valorables económicamente y puestos a disposición de la entidad bajo la protección del ordenamiento jurídico) de modo que abarque cuanto tenga o pueda tener utilidad o beneficio para la sociedad, siempre que sea económicamente evaluable. Deben incluirse tanto los económicamente evaluables, como aquellos que no lo sean en su materialidad, siempre que, en el caso de estos últimos su ataque produzca perjuicios susceptibles de valoración económica, vgr: la cartera de pedidos de una mercantil que puede ser dispuesta a favor de un tercero, originando la consiguiente disminución del volumen de ventas, y, por ende, de la hipotética cifra de beneficios. Los bienes así conceptuados han de pertenecer, por cualquier título legítimo (reconocido por ordenamiento jurídico, incluso, la posesión) a la sociedad, integrando su patrimonio o, al menos, siendo susceptibles de constituir el objeto de la facultad de disposición atribuida al órgano social»⁴⁷.

En la misma orientación CASTRO MORENO, siguiendo la amplitud de miras, con que el término de bienes se interpreta en el sistema francés lo entiende como «El conjunto de patrimonio mobiliario e inmobiliario de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza de estos bienes: dinero y fondos sociales, mercancías, mobiliario, material, crédito y efectos, derechos incorporados a la sociedad o a su patrimonio, como patentes, derecho o elementos incorporales o intangibles cuyo destino es la realización del objeto social y sin importar el título en virtud del cual son poseídos por la sociedad», para concluir, en definitiva, que los *bienes sociales* son cada uno de los elementos con contenido económico que forman el patrimonio de la sociedad⁴⁸.

Concepción que compartimos plenamente en la medida en que con dicha interpretación la cobertura del precepto permite amparar tanto las *propiedades sociales*, y esto es: los bienes pertenecientes a la sociedad, como el denominado *patrimonio de afectación*, esto es, el conjunto de bienes que la sociedad posee por título distinto al de propiedad con el específico cometido de proceder a su gestión, custodia y administración⁴⁹.

⁴⁶ Artículo 333 CC: «Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles».

Artículo 336: «Tienen también la consideración de cosas muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o una familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios».

En tal sentido, puntualiza la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1912 son muebles: los títulos valores; la de 30 de marzo de 1918: las acciones de las sociedades propietarias de minas; la de 23 de marzo de 1946: la concesión de suministros de gasolina. Por su parte la Ley 16 de diciembre de 1954 (BOE de 18 de diciembre de 1954) establece que son muebles: las cosas susceptibles de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Artículo 347: «Cuando por disposición de la Ley o por declaración individual, se usa la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidos en ella, respectivamente, los enumerados en el capítulo I y en el capítulo II (arts. 333 a 345).

Cuando se use tan sólo la palabra «muebles» no se entenderán comprendidos: el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías o carrozas y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la Ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario».

⁴⁷ Cfr. MORENO CANOVES y RUIZ MARCO: *Vid. supra op. cit.*, nota 115, págs. 294-295.

⁴⁸ Cfr. CASTRO MORENO, A.: *Vid. op. cit. ut supra*, nota 357, págs. 379-380.

⁴⁹ En ese orden de previsión la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1981, denunciando el vacío normativo existente, afirmaba respecto del delito de apropiación indebida su necesidad de extenderlo a conductas desleales con aprovechamiento ilegal y enriquecimiento torcido, que valiéndose de claras extralimitaciones de función lesionaban intereses varios importantes. En la misma se afirmaba, respecto al administrador de una sociedad anónima, que aún teniendo la cosa en virtud del título como órgano de la sociedad con facultades de disposición, sin embargo estas eran limitadas, al no tratarse de un patrimonio libre, con pleno uso de su administrador, sino de un «*patrimonio de afectación*» que comportaba el que siempre que el administrador utilizase los fondos sociales desviando la masa patrimonial del objetivo al que estaba afectada, con perjuicio para la sociedad, concurrirían los requisitos de la apropiación indebida.

3. El tipo subjetivo

El nuevo art. 252 CP/2015 no hace referencia, como lo hacía el derogado art. 295 CP/95 a que acción debía hacerse “*en beneficio propio o de un tercero*”, exigiendo sólo que cause perjuicio al patrimonio administrado.

Se plantea, pues, si es necesario en el tipo subjetivo la concurrencia del ánimo de lucro o sólo basta que el dolo abarque la causación del perjuicio al patrimonio administrado.

En principio, dado que el tipo actual no hace referencia al ánimo de lucro, puede sostenerse que éste ahora no es necesario⁵⁰. Pero si es exigible que el dolo comprenda la causación del perjuicio al patrimonio administrado⁵¹. No cabe el tipo imprudente ex art. 12 CP, al no estar previsto expresamente⁵².

No obstante, mantenemos lo que señalábamos sobre el tipo subjetivo del injusto del derogado art. 295 CP/95, en la medida que pueda ser aplicable al nuevo precepto del art. 252 CP/2015.

La descripción utilitarista incorporada en el derogado art. 295 CP/95 se refería a que la acción diseñada se acometiera «*en beneficio propio o de un tercero*» destacando un elemento subjetivo del injusto equiparable al ánimo de lucro exigido en el artículo 291 a los accionistas y administradores, cuya inexistencia llevaría aparejada la inaplicación del precepto a situaciones en las que llevándose a término los comportamientos descritos éstos no reportasen beneficio alguno para los sujetos activos de la infracción o terceros interesados. Entendiéndose esa falta de beneficio afectada a la estructura del tipo y no a su grado de ejecución.

El beneficio aludido, que en otros comportamientos delictivos puede desbordar el marco económico en el que normalmente se patentiza afectando a otras áreas del bienestar, en el derogado art. 295 CP/95 debía restringirse el aspecto crematístico o pecuniario, de tal manera que se excluya cualquier otro beneficio que no es traducible en dinero. Y ello en razón de que la pena privativa de libertad con que se sanciona la conducta se contempla como principal alternativa a la de multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

Se exigía además en el precepto, en el área de la intencionalidad, que la acción típica se verifique con *abuso de funciones* y de *manera fraudulenta*, lo que refuerza la teoría de que únicamente a través del *dolo directo* de primer o segundo grado puede cometerse la infracción. Conceptos, por otra parte, que ya han sido abordados al analizar el contenido de la conducta típica y a los que nos remitimos en aras de evitar repeticiones.

Con la concurrencia de los tres elementos subjetivos descritos: *beneficio propio o de un tercero*, *abuso de funciones* y *disposición fraudulenta* se robustecía de tal manera el dolo del autor que permite concluir con la eliminación del *dolo eventual* como expresión de conciencia del autor.

Destaca FERNÁNDEZ TERUELO la relevancia que en los denominados *negocios de riesgo* puede presentar la conducta del administrador y en ese orden resulta una cuestión espinosa hasta qué punto la conducta de éste puede considerarse correcta en relación con los riesgos asumidos por él y donde radica su punto de inflexión por desproporcionada.

⁵⁰ En el mismo sentido, CADENA, 2016.

⁵¹ La doctrina coincide que sólo cabe el tipo doloso y no el imprudente. MANZANARES (2015, 219) sostiene que “Por lo que hace al tipo subjetivo, en Alemania no se exige intención de enriquecimiento, pero sí dolo, aunque sea eventual. Este ha de referirse al uso indebido de competencias. Nada se opondría en España a la comisión por dolo indirecto, eventual o condicional, pero en el bien entendido de que no se contempla en nuestro nuevo artículo 252 ninguna figura imprudencia, debiendo aplicarse así lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal”. RAMOS (2015, 536) afirma que el dolo debe de abarcar necesariamente la existencia del deber de custodia infringido y la causación del daño, aunque no su entidad o importancia. No se precisa lucro. Añadiendo este autor que “Por lo demás, debe poder reconocerse en el sujeto activo cierta independencia de criterio y cierto ámbito de discrecionalidad en la decisión de comprometer el patrimonio administrado, de forma que cabe excluir el ánimo en los supuestos del mero ejecutor de órdenes o de simples actuaciones consentidas”

⁵² CARDONA (2015) señala que las modalidades imprudentes sólo pueden reconducirse a la responsabilidad civil societaria regulada en el TRLSC 2010. Para una consulta de jurisprudencia civil sobre la responsabilidad de los administradores, *vide* DEL OLMO GARCÍA, Adela, *Sociedades de capital: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Crónica de los años 2010-2015*, editorial Sepín, Mercantil, Las Rozas (Madrid, 2016, pp. 349 a 461).

Y es que en efecto, aunque lo contingente es un elemento consustancial al mundo de los negocios, ello no conlleva que todo riesgo pueda ser tolerado, existiendo unas exigencias que no permiten actuar cuando aquél adquiere tintes temerarios y, sobre todo, desproporcionados, situándose su estrategia fuera de toda lógica empresarial.

En estos casos, ante la inoperancia de las figuras tradicionales para limitar tales conductas, en la medida en que el delito de apropiación indebida no podría cubrir aquellos supuestos en los que no hubiere actos de disposición, el derogado art. 295 CP/95 permitía sancionar situaciones de riesgo con disposición patrimonial o sin ella cuando contraiga obligaciones el administrador que atenten contra el capital social o de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrados, siempre que dicha actuación sea ejecutada en beneficio propio o ajeno. Resultando, en consecuencia, atípicas aquellas actuaciones en las que existiendo un riesgo negocial desproporcionado no confluye el requisito del interés particular del administrador para sí o para un tercero⁵³.

Sin embargo, a la exigencia del beneficio reportado debe añadirse, para que el riesgo desproporcionado asumido pueda ser objeto de reproche penal, el que además se cause, efectivamente, un *perjuicio evaluable* y que sea directamente como consecuencia de las desleal gestión. En tal tesis y en la medida que se trata de un *delito de resultado material de lesión*, parece poco menos que improbable que la mera asunción de un riesgo poniendo en peligro el patrimonio de la sociedad o de las personas descritas en el precepto pueda ser sancionada con aplicación de este precepto so pena de transmutar la esencia del delito transformándolo en un delito tendencial; y sólo cuando este riesgo se materialice en un perjuicio concreto la acción ejecutada será cubierta por el limitado marco previsor del precepto⁵⁴.

Sin embargo, no puede desdeñarse, no obstante la estructura típica de resultado material del tipo societario comentado, situando al momento consumativo en el instante en que se causa directamente el perjuicio patrimonial a los sujetos pasivos, que existen situaciones de riesgo susceptible de sanción por la vía de las *formas imperfectas de ejecución* y en concreto de la *tentativa*. En este orden, las hipótesis de administración desleal dirigidas al logro del doble objetivo normado que entrañando peligro no lleguen a generar un perjuicio a los sujetos pasivo recogidos en el precepto, podrá ser castigadas con la pena inferior en grado de conformidad con lo previsto en el art. 62 CP.

En todo caso, los supuestos en los que el administrador actuando con *riesgo desproporcionado* o indiligentemente con desidia, en tal manera que infrinja las referencias inexcusables impuestas a sugestión por los arts. 127 LSA y 61 LRSL entre otros, de «*desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal*» causando un perjuicio a la sociedad evaluable económicamente aunque no obtenga aquél el beneficio alguno, su responsabilidad podrá serle exigida conforme a lo dispuesto en el art. 225.1 TRLSC 2010, antes los arts. 133 LSA y 69 LRSL, por la vía abierta en el art. 238 TRLSC 2010, antes en los arts. 134 y 135 LSA con el ejercicio de *acción social* por la sociedad y los perjudicados, o por la *individual* reservada a éstos cuando la actuación de los administradores lesione directamente sus intereses.

4. Bibliografía

A) Libros

FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios. Adaptada a la reforma del Código Penal de 2015*, editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2^a edición, 2015.

⁵³ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO: *Vid. op. cit. supra*, nota 237, pág. 347.

⁵⁴ La STS de 23 de julio de 1973, reconoció la atipicidad de este tipo de actuaciones durante la vigencia del Código derogado «al existir un vacío normativo legal en nuestra patria», afirmando que los delitos financieros de mero riesgo o peligro requieren para tener vida «una previa tipicidad específica y formal que antice la punición ante el mero peligro abstracto o concreto».

SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, editorial La Ley (Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid) 3^a edición, diciembre 2013.

b) Artículos doctrinales

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "El concepto de perjuicio patrimonial en el delito de administración desleal: sobre la reciente jurisprudencia alemana en los casos Kanther/Weyrauch y Siemens-KWU", Diario *La Ley* Nº 7295 de 1 de diciembre 2009.

- "La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el nuevo delito de administración desleal", Diario *La Ley* núm. 8637 de 3 noviembre 2015.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel. "Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida tras la reforma de 2015". Ponencia Cursos de Formación Continua Fiscalía, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 31 marzo 2016.

CARDONA TORRES, Juan. "El delito societario de administración desleal (Supresión del artículo 295 del Código Penal)", Diario *La Ley* núm. 8534 de 7 mayo 2015.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. "El delito societario de administración desleal: síntesis jurisprudencial y nuevas perspectivas ante su proyectada derogación, la crisis económica y el paro", Diario *La Ley* núm. 8290, jueves 10 abril 2014.

GARRIDO LORENZO, M^a Ángeles. "Los delitos societarios, especial referencia al delito de administración desleal", en *Cuadernos Digitales de Formación* nº 13, 2014, Consejo General del Poder Judicial.

GÁLVEZ JIMÉNEZ, Aixa. "Reflexiones sobre el delito de administración fraudulenta", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17-02 (2015)

GUIMERÁ FERRER-SAMA, Roberto. "La nueva configuración y reubicación del delito de administración desleal", Revista *SEPÍN Penal*, Octubre 2015.

LUZÓN PEÑA, D. Y ROSO CAÑADILLAS, R. "La administración desleal en el Derecho español", *InDret*, Barcelona, 2010

- "Concurso entre apropiación indebida y administración desleal", *Diccionario Derecho penal económico* (dirigido por BOIX REIG, J.), Madrid, Iustel, 2008, pp. 33 y ss.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "El nuevo delito de administración desleal", Diario *La Ley* núm. 8046 de 19 marzo 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. "Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida", *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, vol. XXXV (2015) pp. 457 a 566.

PREGO OLIVER, Adolfo. "Apropiación indebida y administración desleal: una propuesta de diferenciación", Diario *La Ley* núm. 719 de 20 febrero 2009.

c) Comentarios al Código Penal tras la reforma LO 1/2015

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto. "Comentario al art. 252 CP", en *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia* (dirigido por SÁNCHEZ MELGAR, Julián), editorial SEPÍN, 4^a edición, Madrid, 2016, Tomo II, pp.1938 y ss.

GILI PASCUAL, A. "Administración desleal genérica. Incidencias en la apropiación indebida y en otras figuras (arts. 252 y ss.)", en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Comentarios a los arts. 252 a 254 CP, *La reforma del Código Penal de 2015, conforme a las Leyes Orgánica 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, editorial La Ley (Wolters Kluwer), La Ley Temas, 2015, pp. 217 a 222.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Belén. Comentarios a los arts. 252 y 253 CP, en ROMA VALDÉS, Antonio, *Código Penal Comentado*, editorial Bosch, 2015, pp. 431 a 435.

MUÑOZ CUESTA, Javier, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo. Delitos de administración desleal y apropiación indebida, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 157 a 162.

RAMOS RUBIO, Carlos. "El nuevo delito de administración desleal", en QUINTERO OLIVARES, G. (director) *Comentario de la reforma penal de 2015*, editorial Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 527 a 537.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín, COLINA OQUENDO, Pedro. Comentarios a los arts. 252 a 254, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Director) y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA (Coordinador) *Código Penal actualizado con las reformas de las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, editorial La Ley (Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 5^a edición (2015) pp. 1323 a 1381

d) Comentarios de jurisprudencia

ALLUÉ FUENTES, Alfonso. "Criterios jurisprudenciales para la diferenciación entre el delito de apropiación indebida y el delito societario de administración desleal", anterior a la reforma LO1/2015, *Foro FICP -Tribuna y Boletín de la FICP* nº 2015-3 (noviembre) pp. 157 a 166.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. "Comentario a la STS -2^a- 338/2014, de 15 abril (Varela). Delito societario de administración desleal y delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción", Diario *La Ley* núm. 8342, viernes, 27 junio 2014.

- "Comentario a la STS -2^a- 655/2014, de 15 octubre (Giménez). Delito de administración desleal. Inexistencia: administrador de fincas que dispuso para si indebidamente de fondos de la comunidad de usuarios de un aparcamiento sin su autorización", Diario *La Ley* núm. 8483, miércoles 18 febrero 2015.
- "Comentario a la STS -2^a- 905/2014, de 29 diciembre (Conde-Pumpido Tourón). Uso de tarjetas de empresa: delitos de apropiación indebida o delito societario de administración desleal", Diario *La Ley* núm. 8533, miércoles 6 mayo 2015.

e) Recopilaciones de jurisprudencia mercantil

DEL OLMO GARCÍA, Adela. *Sociedades de capital: Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Crónica de los años 2010-2015*, editorial SEPÍN, Mercantil, Las Rozas (Madrid), 2016.

5. Relación extractada de jurisprudencia reciente sobre el derogado art. 295 CP/95 con breves referencias al nuevo art. 252.1 CP/2015

Año 2014: 206/2014, de 3 marzo (Sánchez Melgar-diferencias apropiación indebida y administración desleal en concurso con falsedad de uso-); **338/2014**, de 14 abril (Varela-diferencias apropiación indebida y administración desleal-); **441/2014**, de 5 junio (Marchena-Concurso real delitos de falsedad en documento mercantil y administración desleal); **464/2014**, de 3 junio (Falsedad contable-administración desleal-Palomo); **477/2014**, de 10 junio (Martínez Arrieta-certificación falsa celebración de Junta por administrador- negación derechos de socios- administración desleal); **599/2014**, de 18 julio (Del Moral -Suprime agravante de abuso de confianza en el delito de administración desleal por ser inherente al tipo-); **655/2014**, de 15 octubre (Giménez-Absolutoria. Delitos de estafa-apropiación indebida-administración desleal-administrador de fincas no es administrador social); **691/2014**, de 23 octubre (Ferrer-

Absolutoria delitos societario administración desleal y apropiación indebida-); **767/2014**, de 4 noviembre (Granados- Contrato de una sociedad de cuentas en participación); **784/2014**, de 20 noviembre (Giménez-delito de apropiación indebida en concurso de normas con delito de administración desleal); **808/2014**, de 245 noviembre (Maza-delitos de administración desleal e insolvencia punible en concurso real) y **857/2014**, de 2 diciembre (Giménez-Delito de estafa y no de administración desleal) y **905/2014**, de 29 diciembre (Conde-Pumpido Tourón- Uso privado de tarjetas de empresa por el administrador social que no responden a gastos por representación: apropiación indebida).

Año 2015: **284/2015**, 12 mayo (Negativa derechos socios-administración desleal-Monterde); **433/2015**, de 2 julio (Granados- Apropiación indebida y administración desleal: delimitación. Referencia a la reforma penal 2015); **476/2015**, de 13 julio (Jorge Barreiro-Falsedades contables, apropiación indebida. Relaciones con el delito de administración desleal se simplifican al quedar derogado el delito societario en 2015); **647/2015**, de 23 octubre (Sánchez Melgar-Absolutoria del delito de administración desleal); **665/2015**, de 29 octubre (Jorge Barreiro-Sin pronunciamientos sustantivos-); **719/2015**, de 10 noviembre (Sánchez Melgar- Referencias en concepto de obiter dicta al nuevo delito de administración desleal genérico de patrimonios ajenos del art. 252 CP/2015-); **724/2015**, de 17 noviembre (Caso CAM-Bien jurídico protegido: sistema financiero-Palomo); **797/2015**, de 24 marzo (Malversación como modalidad de administración desleal-Caso Alcaldesa de Jerez-Conde-Pumpido Tourón); **836/2015**, de 28 diciembre (Apropiación indebida en modalidad administración desleal-Marchena)

Año 2016: **47/2016**, de 3 febrero (absolutoria-Andrés)

La reforma de la insolvencia concursal punible (art. 259 CP)

Juan Pavía Cardell
Fiscal. Doctor en Derecho

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha reubicado y delimitado los delitos de insolvencia punible, abordando una profunda revisión del concurso punible (art. 259 CP), que se sitúa como figura central del capítulo. La técnica legislativa utilizada no ha aportado la claridad necesaria en un ámbito que desde el Código Penal de 1995 ha venido debatiéndose entre el recurso velado a la legislación concursal y la construcción jurisprudencial. El nuevo delito de insolvencia concursal se configura como un delito de peligro que nace con la decidida voluntad de tasar las conductas punibles, las cuales se sancionan por su reconocida capacidad para causar la insolvencia o generar el riesgo de agravar la preexistente. El sistema se complica al introducir una modalidad imprudente y otra agravada que casan mal con las peculiaridades de un delito de peligro. La reforma modifica también el régimen de perseguidabilidad del delito, que se adelanta a la existencia de cualquier procedimiento concursal. La nueva descripción típica de este delito provoca suficientes dudas como para esperar de los Tribunales una labor consistente de interpretación.

1. La reubicación sistemática de los delitos de insolvencia punible

Hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el Título XIII –Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico– del Libro II del Código Penal recogía en un único Capítulo VII bajo la rúbrica “De las insolvencias punibles” una serie de conductas que básicamente podían clasificarse en dos grupos: delitos de alzamiento de bienes (arts. 257 y 258) y delitos concursales. (arts. 259-261 bis).

La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 ha puesto fin a esa histórica concurrencia –heredada por el Código Penal de 1995 de su antecesor de 1973¹– y ha asignado cada uno de esos grupos a un capítulo diferente, reservando el Capítulo VII, ahora titulado “Frustración de la ejecución”, al alzamiento de bienes y otras conductas afines (arts. 257 a 258 ter) e introduciendo un nuevo Capítulo VII bis, conservador de la vieja rúbrica “De las insolvencias punibles”, para castigar determinadas conductas realizadas por un deudor en situación concursal o preconcursal (arts. 259 a 261 bis). Con esta reubicación sistemática, que el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 –apartado XVI– denomina “revisión técnica”, todas las monografías sobre la *insolvencia punible* han quedado obsoletas por exceso y deberán ser reescritas para excluir toda referencia al alzamiento de bienes. A pesar de esta escisión, unos y otros delitos siguen compartiendo un mismo bien jurídico, que se identifica con el derecho de los acreedores –singulares o en masa– a la satisfacción de sus créditos.

El nuevo Capítulo VII bis recoge ahora en el art. 259 un nuevo delito de insolvencia punible que sustituye al delito concursal del anterior art. 260, aunque el Preámbulo de la ley sigue empleando terminología *extra legem* para referirse al mismo como “concurso punible” o “banca-rrota”. Este tipo penal, reformulado como un delito de peligro que incluye una sorprendente modalidad imprudente, se completa con un subtípico agravado en el art. 259 bis. El delito de favorecimiento injustificado de acreedores pervive y se traslada al art. 260, si bien acoge ahora

¹ Texto Refundido de Código Penal publicado el 14 de septiembre de 1973 (Decreto nº 3096/1973). Sus arts. 519 a 527 consideraban estas conductas como “Defraudaciones” (Cap. IV) bajo la rúbrica “Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles” (Sección 1º) dentro del Título XIII, “Delitos contra la propiedad”, del Libro II.

una nueva modalidad delictiva, mientras que la conducta de falseamiento se mantiene inalterada en el art. 261, al igual que la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 261 bis.

Por tanto, veinte años después de publicarse el Código Penal de 1995 puede afirmarse que el legislador, no solo confirma su política incriminadora de la insolvencia, sino que la expande, sepultando definitivamente cualquier expectativa en contrario que pudiera subsistir tras la intentona despenalizadora de 2003². Al menos teóricamente esa iniciativa contrasta con el espíritu de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal (LC)*, cuya Exposición de Motivos proclama “*la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil*” (apartado II) y asegura en cuanto a sus efectos que “*se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia*” (apartado III). Una reforma tan expansiva del delito concursal como la de la Ley Orgánica 1/2015 –se rebajan las condiciones para su perseguitibilidad, se agravan conductas y se incrimina la imprudencia– supuestamente pretende corregir situaciones indeseadas de impunidad. Aunque la ley no explicita esa finalidad, lo cierto es que las estadísticas demuestran la escasa proporción de concursos de acreedores que hasta el presente han acabado trasvasándose a la jurisdicción penal³.

2. El nuevo delito de insolvencia concursal punible: art. 259 CP

Antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 la insolvencia punible concursal era un delito que solo podía cometer el deudor que causara o agravara dolosamente su situación de crisis económica o de insolvencia; y ese delito solo podía perseguirse cuando hubiera mediado una declaración de concurso (anterior art. 260.1 CP). El tipo penal no describía ninguna conducta que pudiera reputarse causal de la insolvencia y la apelación al dolo era redundante, toda vez que la modalidad culposa no estaba prevista en el precepto (art. 12 CP). Con esas condiciones, por más que el Código Penal hubiera eliminado la prejudicialidad civil y proclamara su teórica independencia del ámbito mercantil –ambas previsiones conservadas intactas tras la última reforma–, resultaba inevitable acudir a las presunciones de culpabilidad de los arts. 164 y 165 LC, que proporcionaban una guía de referencia para interpretar la tipicidad del delito⁴.

² En efecto, hay que recordar que al hilo de la profunda reforma concursal que tuvo lugar en 2003 y en paralelo a la elaboración de la nueva Ley Concursal, un Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ y del Código Penal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 23 de julio de 2002, Núm. 102-1) preveía la derogación de los delitos concursales. La Propuesta de Anteproyecto previa establecía en su Exposición de Motivos: «es criterio del legislador que la calificación del concurso de acreedores, como culpable o como fortuito, agote su significación en el ámbito del propio concurso, sin trascender al ámbito penal. (...) Por supuesto, a los ilícitos criminales que hayan podido cometer el deudor o los responsables de las sociedades mercantiles deberá ser de aplicación el Código penal. Pero se tratará de delitos comunes –delitos contra el patrimonio, delitos de falsedad– y no de delitos especiales, los cuales, con la obvia excepción del alzamiento de bienes y otras figuras muy próximas, deben desaparecer del Código. De ahí la necesidad de que la presente Ley Orgánica modifique también el Código penal para suprimir los tipos específicamente concursales...». La despenalización no vio finalmente la luz merced a las enmiendas nº 24 y nº 42 presentadas respectivamente por el Grupo Socialista y de CiU en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, 29 de noviembre de 2002, Núm. 102-14, págs. 42, 52 y 53).

³ Si se atiende al número de procedimientos penales incoados en toda España por estos delitos según las estadísticas publicadas por la Fiscalía General del Estado en sus memorias anuales (todavía se siguen computando como “Quiebras, concursos y suspensiones de pagos punibles”) y se compara con el número de concursos publicados en el BOE se puede comprobar –admitiendo algún margen de error y omitiendo los concursos de personas físicas– que en el año 2011 se declararon en concurso 5.372 empresas y se incoaron 41 procedimientos; en 2012 se declararon en concurso 7.245 empresas y se incoaron 83 procedimientos; en 2013 se declararon en concurso 8.722 empresas y se incoaron 42 procedimientos; y en 2014 se declararon en concurso 6.420 empresas y se incoaron 32 procedimientos. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 2015 se declararon en concurso 4.916 empresas, no conociéndose todavía el número de causas penales incoadas ese año. El número de empresas concursadas puede conocerse también a través del Barómetro concursal que publica cada trimestre la consultora PWC a través de su portal de Internet.

⁴ El art. 259.6 CP sigue proclamando que en ningún caso la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vincula a la jurisdicción penal, lo que coincide con lo establecido en el art. 163.2 LC, según el cual esa calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal. Ello es coherente con lo proclamado en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, Concursal, en cuyo apartado VIII se señala que “*La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia*”. Sin embargo, la total independencia de los ámbitos penal y mercantil nunca fue una realidad, ni ha sido tampoco una situación deseada. La STS 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca) declara que esa separación jurisdiccional “no impide, sin embargo, tener en cuenta a efectos de investigación los datos que puedan resultar de interés reflejados en aquellas actuaciones y en las resoluciones dictadas en ellas”. De la misma forma las SSTS 620/2006, de 6 de junio (Berdugo Gómez de la Torre), 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre) y 146/2009, de 18 de febrero (Ramos Gancedo) advierten que “*esto no quiere decir -como ya precisó la anterior sentencia de esta Sala 682/2004 de 28 de mayo y 1316/2005 de 9 de noviembre- que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de*”

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 quiere eliminar esa indefinición, cumplir con el mandato de lex certa derivado del principio de legalidad penal y acabar con la recurrente intromisión en la ley mercantil. Explica en su Preámbulo que la nueva regulación de los delitos de insolvencia pretende “*ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles*”. Es por eso que frente al carácter abierto del anterior art. 260.1 CP, el nuevo art. 259 CP “*delimita, con la finalidad de garantizar un grado de seguridad y certeza ajustado a las exigencias derivadas del principio de legalidad, las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito*”. Para acometer esa tipificación el legislador formula –con una técnica manifiestamente mejorable, como se verá– un tipo penal básico con dos modalidades –dolosa e imprudente– y un subtipo agravado. Ese tipo básico admite, a su vez, dos formas de tipicidad objetiva: la realización de conductas indebidas por parte de un deudor en situación previa de insolvencia –aquí radica la verdadera innovación legislativa– y la propia causación de esa insolvencia mediante esas mismas conductas.

2.1. Insolvencia punible dolosa (I): actuaciones contra el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (art. 259.1 CP)

La primera modalidad de insolvencia punible se contiene en el art. 259.1 CP, el cual castiga con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses a “*quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, realice alguna de las siguientes conductas*”. Aquí el precepto desciende a enumerar hasta nueve conductas típicas punibles, si bien la última se formula como una cláusula general que deja abierto el delito.

Lo primero que llama la atención es que, a pesar de la vocación incriminadora de la reforma, el precepto castiga la insolvencia básica con una pena privativa de libertad inferior a la que se deroga, pues la antigua pena de prisión de dos a seis años se reduce a otra nueva de uno a cuatro años, además de la multa. Aquella pena se reserva ahora para el subtipo agravado. Ello significa que salvo en este supuesto y en aquellos en los que lo permita la conexidad la mayoría de las causas seguidas por este delito fenecerán en apelación y no accederán a la casación, por lo que seguramente deberá esperarse un buen tiempo antes de que la jurisprudencia pueda pronunciarse sobre aspectos fundamentales de este nuevo delito.

Debe también destacarse que el nuevo delito del art. 259.1 CP, aunque en modo alguno se comporta como una norma penal en blanco, sigue recurriendo en su tipicidad objetiva al uso de elementos normativos que deben ser integrados desde ámbitos situados extramuros del Código Penal, en lugar de proporcionar definiciones auténticas a los efectos de este delito. Así, para que la conducta sea típica es necesario que el deudor se encuentre en situación de *insolvencia actual o inminente*, conceptos que sólo pueden comprenderse desde la legislación concursal de la que se importan, en particular de la definición contenida en el art. 2 LC. Según el art. 2.2 LC, “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, situación que, sin embargo, la jurisprudencia ha simplificado para identificarla con un estado contable de desbalance en el que el pasivo es superior al activo. Por su parte, el art. 2.3 LC distingue entre una insolvencia actual y otra inminente⁵. Si la primera no necesita mayor explicación –coincide con la descrita en el art. 2.2 LC–, la segunda se define

la conducta a examen”. Por último, la STS 40/2008, de 25 de enero (Sánchez Melgar) recuerda que “el juez penal debe conocer, aunque como mera visión de referencia, el contenido de tales situaciones (actualmente descritas en el art. 164.2 de la Ley Concursal), cuando establece los siguientes parámetros para la calificación de la insolvencia como culpable”.

⁵ Así lo proclaman desde la Sala 2^a del Tribunal Supremo las SSTS 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre), 40/2008, de 25 de enero (Sánchez Melgar) y 116/2009, de 4 de febrero (Saavedra Ruiz). Sin embargo, la Sala 1^a del Tribunal Supremo apela a un concepto distinto de insolvencia. Así, la STS 122/2014, de 1 de abril (Sarazá Jimena), señala: “En la Ley Concursal la insolvencia no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas. Cabe que el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social, incluso que el activo sea inferior al pasivo y, sin embargo, el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, pues obtenga financiación. Y, al contrario, el activo puede ser superior al pasivo pero que la deudora carezca de liquidez (por ejemplo, por ser el activo liquidable a muy largo plazo y no obtener financiación) lo que determinaría la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones en un determinado momento y, consecuentemente, la insolvencia actual. Por consiguiente, aunque con frecuencia se solapen, insolvencia y desbalance patrimonial no son equivalentes”.

en el art. 2.3 LC: “Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”⁶.

Lo que el delito ya no incluye en su tipicidad objetiva es la expresión “crisis económica” del anterior art. 260 CP. Con frecuencia se pretendía oponer ese concepto al de “insolvencia” para identificarlo con situaciones económicas de falta de liquidez⁷. Sin embargo, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 ignora esa distinción y por dos veces identifica llanamente la situación de crisis económica con la propia situación de insolvencia actual o inminente del deudor⁸.

Según el Preámbulo de la ley de reforma, las nueve conductas que el art. 259.1 CP enumera constituyen “actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos”. Tales conductas se sancionan, no porque se realicen omitiendo la diligencia debida, sino porque tienen lugar en una situación de crisis económica de un sujeto –persona física o jurídica, comerciante o no– de quien por encontrarse ante esa adversidad se espera que actúe de otra forma. En este apartado no se castiga propiamente la insolvencia –esa situación es previa a la conducta que se sanciona– sino la forma en que la misma se gestiona por quien la padece. Sustentar este delito doloso en la violación de un deber de diligencia –elemento estructural genuino del delito imprudente– le lleva al legislador a advertir que el mismo se configura como un delito de *peligro*, categoría típica que ha provocado no pocas discusiones en la dogmática penal y que muchos sitúan más cerca del delito imprudente, lo que ha provocado la necesidad de acuñar el concepto de dolo de peligro. En particular esas conductas, afirma el legislador, “ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico”, doble dimensión individual y colectiva que se encuentra en línea con lo que la jurisprudencia venía entendiendo como doble bien jurídico protegido en el delito concursal vigente hasta la reforma⁹.

Con esas conductas arriesgadas –explica el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015– el deudor provoca indebidamente uno de estos dos efectos: 1) reduce el patrimonio con el que garantiza a los acreedores el cumplimiento de sus obligaciones; o 2) dificulta o impide que esos acreedores conozcan su verdadera situación económica. Por tanto, aun tratándose de un sistema de *numerus apertus*, todas las conductas parecen poder adscribirse a una u otra modalidad.

2.1.1. Conductas que reducen o pueden reducir el patrimonio del deudor

De las nueve conductas cuya comisión el art. 259.1 CP reprocha al deudor en situación de insolvencia cinco lo son porque disminuye con ellas su patrimonio frente a los acreedores o pro-

⁶ La introducción del concepto de *insolvencia inminente* en el delito de insolvencia punible mereció la crítica del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, que solicitó su supresión en su Enmienda nº 708, “ya que la seguridad jurídica es incompatible con conceptos como el de «inminencia», y por razones de certeza es mejor fijar un plazo, —como hacen otras legislaciones—, que puede considerarse como de retroacción, del mismo modo que la Ley Concursal establece el de dos años para tomar en consideración la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor.” La enmienda proponía fijar un plazo de un año anterior a la producción de la insolvencia durante el cual deberían realizarse las conductas sancionadas junto con las que el deudor pudiera realizar en el estado de insolvencia actual. Por otra parte proponía la introducción de un concepto autónomo de insolvencia a los efectos de este delito para determinados supuestos, por ejemplo: “A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en los dos siguientes tendrá consideración de estado de insolvencia el de las entidades bancarias o cajas de ahorro que hayan precisado de la intervención o ayuda pública para poder atender al pago de sus obligaciones”. Y añadía: “tras la experiencia española de los últimos años la explicación es evidente: esas entidades, causantes de buena parte de las dificultades presupuestarias del Estado «salvador», resulta que además, materialmente, no aparecen como insolventes, pese a que su mala gestión cae sobre los recursos públicos. El escrupuloso respeto al principio de legalidad puede conllevar el riesgo de que algunas de las acciones determinantes del fiasco de un banco o caja queden en la impunidad”. BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, págs. 459-460.

⁷ La STS 40/2008, de 25 de enero (Sánchez Melgar), señalaba en relación con el anterior art. 260 CP: “El tipo menciona una situación de crisis económica o insolvencia. Desde luego, la primera es más ilustrativa de un concepto propiamente no jurídico (sino económico), y que se refiere a un déficit de tesorería, del que puede salirse acudiendo simplemente al crédito, como situación meramente coyuntural, sin embargo la propia insolvencia, integra un claro concepto jurídico, que es descrito por las leyes concursales y anteriormente por el Código de Comercio, como aquel estado de la contabilidad en que el pasivo supera al activo y determina el sobreseimiento en el pago de las obligaciones del deudor, de forma generalizada, y de neta naturaleza estructural.”

⁸ Véase la utilización de las expresiones “crisis económica” y “crisis” en el apartado XVI del Preámbulo, párrafos tercero y cuarto respectivamente.

⁹ Así, la STS 590/2006, de 29 de mayo (Puerta Luis), declara que los bienes jurídicos protegidos en este delito son el derecho de los acreedores a la satisfacción de su crédito y al mismo tiempo el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. Y la STS 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre), señala que lo son “el derecho personal del crédito con la concurrencia de un interés difuso de naturaleza económico-social que se sitúa en la confianza precisa para el desarrollo de las operaciones financieras, en aras a la consecución de un desarrollo económico”.

voca el riesgo inaceptable de que así suceda. A ellas hay que añadir la cláusula final -art. 259.1.9^a CP- que recoge una conducta residual suficientemente abierta que permite subsumir en el tipo penal otras acciones u omisiones que el legislador no ha sabido, querido o podido enunciar al tiempo de acometer la reforma. Esas conductas del deudor se contemplan en los cinco primeros apartados del art. 259.1 CP:

1^a. Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2^a. Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3^a. Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4^a. Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5^a. Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

Según el legislador, *todas* las conductas recogidas en el art. 259.1 CP se caracterizan por ser contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, pues afirma en el Preámbulo de la ley que para delimitar las conductas prohibidas “*tipifica un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia*” sin distinguir o seleccionar un grupo de ellas entre la enumeración legal. Si creemos y acatamos esa voluntad legisladora, esta clave interpretativa debería entenderse corroborada por lo dispuesto en el último ordinal:

9^a. Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor (...).

Sin embargo, la lectura de este último apartado plantea importantes interrogantes. En efecto, en coherencia con lo expuesto no parece que el precepto formule aquí una nueva conducta independiente de las anteriores, sino que la referencia final a *cualquier otra* conducta que suponga una infracción grave del deber de diligencia funciona como una cláusula de cierre que toma como antecedente el catálogo de conductas que la preceden con las que comparte esa característica esencial. Pueden incluirse en esta cláusula general un buen número de conductas¹⁰. La duda se plantea entonces en el sentido inverso de la enumeración: ¿se comunican a las conductas precedentes las exigencias típicas de esta última conducta general? Téngase en cuenta que el art. 259.1.9^a CP exige que la conducta constituya una infracción grave del deber de diligencia y que con ella se produzca una *disminución* del patrimonio del deudor, pero la primera de estas limitaciones no aparece expresada en las conductas 1^a a 5^a, ni la segunda resulta necesariamente inherente a todas ellas. No parece lógico que la conducta 9^a pueda dar lugar a un tipo residual -una especie de tipo de captación o recogida-, pero al mismo tiempo ese tipo resulte más exigente -más restrictivo- que los antecedentes a causa de los nuevos condicionantes que añade, por lo que cabría admitir que esas exigencias limitativas de la tipicidad se entienden incluidas en las otras conductas, dado que ese sobreentendimiento favorece al reo.

¹⁰ Como ejemplo de otra conducta residual arriesgada y no tipificada expresamente puede considerarse la que proponía el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso a través de su Enmienda nº 708 que no fue finalmente aceptada: “Cuando se hubieran contraído obligaciones por un montante superior al capital de la empresa”. La propuesta se motivaba de la siguiente manera: “Es frecuente que las graves crisis pongan al descubierto que toda la actividad de la empresa se había realizado partiendo de un capital social exiguo. Pero si se ha producido la insolvencia, el endeudamiento por encima del valor del capital debe ser un dato a tener en cuenta, con tanto o más motivo que la mala llevanza de la contabilidad”. BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, págs. 459-460.

Para empezar, a pesar de sus propias palabras, parece que para el legislador no es lo mismo realizar una conducta que atente al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que realizar una conducta que carezca de justificación económica o empresarial. De hecho, la conducta 5^a exige que la conducta reúna cumulativamente *ambas* características, que considera diferentes. Las conductas 2^a y 3^a solo apelan a la falta de justificación económica o empresarial y omiten cualquier referencia al deber de diligencia, mientras que la 1^a y la 4^a no incluyen ni una ni otra expresión. En cualquier caso formular un deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos no es tarea fácil, especialmente si con ello se abre o cierra el paso a la responsabilidad penal. La labor resulta más complicada porque el legislador ha sustentado en ese concepto tanto el delito doloso como el imprudente, y, además, aparentemente ha considerado que ambas modalidades constituyen delitos de peligro, siendo difícil de distinguir un delito doloso de peligro de una imprudencia consciente. Y, desde luego, se entiende mal que conductas como *ocultar, dañar o destruir bienes de la futurable masa activa del concurso* (1^a) y *simular créditos o reconocer los ficticios* (4^a) puedan constituir solo una falta de diligencia en la gestión de asuntos económicos, pues al menos la ocultación y la simulación requieren grados de conciencia y voluntad que cuesta conciliar con el mero dolo de peligro.

En principio es lícito acudir al *Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* (LSC) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, cuyo art. 225 formula en su número 1 un deber general de diligencia, según el cual “Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”. Aunque el precepto no define qué se entiende por algo tan vaporoso como un empresario “ordenado”, deja claro que en cualesquiera circunstancias un empresario medio ideal al menos debe cumplir los deberes establecidos en las leyes y en los estatutos sociales, entre ellos exigir de la sociedad toda la información adecuada (número 3). De hecho, el art. 236.1 LSC proclama la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, por el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, presumiendo *iurus tantum* su culpabilidad –el dolo o la culpa– cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. El problema es que en principio el delito de insolvencia del art. 259 CP no es un delito especial formulado exclusivamente para empresarios o administradores, sino para *deudores*, ya sean personas físicas o jurídicas, que no tienen por qué operar en el tráfico económico necesariamente con figuras societarias mercantiles. Así, aunque el art. 259 CP no nombra inicialmente al deudor para presentarlo como el genuino autor del delito, sí lo hace al formular las conductas 2^a y 9^a del número 1, y especialmente en los números 4 y 5 del precepto al regular la persecutibilidad y al declarar la falta de prejudicabilidad. A pesar de ello, el art. 259.1 CP no puede prescindir de referirse en algunos supuestos a conductas sin “justificación empresarial” (2^a), “documentación que el empresario está obligado a conservar” (7^a), “normativa reguladora de la contabilidad mercantil” (8^a) u ocultación de “la situación económica real del deudor o su actividad empresarial” (9^a), lo que evidencia que de ordinario este delito será cometido en el marco de actividades mercantiles¹¹. En ese ámbito concurren operadores económicos de perfil muy distinto cuyas decisiones estratégicas no siempre resultan fáciles de evaluar, pues existen mercados con muy diferente grado de competitividad. No es fácil adivinar lo que el legislador quería conseguir en última instancia con esta reforma, pero al afirmar en su Preámbulo que las conductas del art. 259.1 CP “constituyen un riesgo no permitido” se ha decidido por sancionar en determinadas circunstancias el rebasamiento del riesgo endémico empresarial, lo que resulta extremadamente difícil de delimitar. En tales casos el Juez penal puede valorar la adecuación de esas conductas al deber de diligencia.

¹¹ Como reza la motivación de la Enmienda nº 709 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso al Proyecto de reforma, “Es cierto que la Ley Concursal es común a deudores comerciantes y no comerciantes, pero permite diferenciar acciones de unos y otros, cosa que, en cambio, el Código penal ignora. El Proyecto insiste en ese error y somete el concurso doloso de deudor no comerciante a la misma disciplina legal del deudor comerciante, siendo así que la mayor parte de las indicaciones de delincuencia que contempla el artículo 259 solamente son concebibles para comerciantes o empresarios”. BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, págs. 460-461.

gencia empresarial acudiendo al art. 226 LSC cuyo número 1, desde la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, proclama: “En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de *diligencia de un ordenado empresario* se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”. Salvo la buena fe, las demás circunstancias pueden objetivarse con relativa facilidad.

Esta indefinición también provocaba diferencias de criterio en la punición de conductas de riesgo del deudor generadoras de su insolvencia antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2010. La jurisprudencia afirmaba mayoritariamente que “Una administración inadecuada al fin económico, que sea calificada (...) de «arriesgada gestión» es *insuficiente* para configurar el tipo objetivo del delito”. Así se pronunciaban las STS 452/2002, de 15 de marzo (Bacigalupo Zapater), 993/2005, de 13 de abril (Andrés Ibáñez) y 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre). Por el contrario, la STS 146/2009, de 18 de febrero (Ramos Gancedo), afirma que “Una administración inadecuada al fin económico, que sea calificada (...) de «arriesgada gestión» es *suficiente* para configurar el tipo objetivo del delito”. La gestión arriesgada puede hoy subsumirse en alguna de las conductas del art. 259.1 CP.

El otro requisito que exige el apartado 9º del art. 259.1 CP es que la conducta produzca una *disminución* del patrimonio del deudor, circunstancia que no se explicita en las demás conductas enumeradas en el precepto, aunque en algunos casos puede resultar inherente. No se olvide, además, que ese deudor ya se encuentra en situación de insolvencia o muy próximo a ella. Así, ocultar, dañar o destruir bienes (1^a) y simular deudas (4^a) produce necesariamente un menoscabo patrimonial al deudor. Realizar disposiciones patrimoniales circunstancialmente desproporcionadas (2^a), vender bienes a precio inferior al de su adquisición (3^a) y participar en negocios especulativos (5^a) no tienen por qué producir necesariamente ese menoscabo. Si el delito de concibe como un delito de peligro abstracto, lo que se sanciona en estos últimos casos no es que el deudor disminuya su patrimonio, sino que realice esas conductas sin justificación alguna, que asuma riesgos que por estar en situación de insolvencia no puede permitirse, sufra o no un menoscabo patrimonial. Pero si se considera que la disminución patrimonial es un requisito común a todas las conductas extraído de la interpretación sistemática del art. 259.1.9º CP y de las palabras del legislador en el Preámbulo de la ley de reforma, entonces el peligro para los acreedores no nace del puro actuar arriesgado del deudor sino de la constatación de que con ese proceder, además, su patrimonio efectivamente ha disminuido. En ese caso, las conductas 1^a a 5^a constituirían más bien una *agravación* de la situación preexistente de insolvencia del deudor, modalidad típica que aparentemente había desaparecido tras la reforma.

2.1.2. Conductas que ocultan la situación de insolvencia

Las demás conductas que se tipifican en el art. 259.1 CP aluden al ocultamiento de la situación económica, patrimonial o financiera del deudor. Ahora bien, dado que la condición de partida descrita en la norma penal es que el deudor se encuentra ya en situación de insolvencia, esas conductas no hacen sino impedir o dificultar el conocimiento de dicha insolvencia. Si se interpretan bien las palabras del legislador, estas conductas siguen constituyendo una violación de la diligencia debida en la gestión de asuntos económicos. Las conductas del deudor insolvente que se sancionan en los tres últimos apartados del art. 259.1 CP son las siguientes:

6.^a Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.^a Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.^a Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

Estas tres conductas implican la violación de deberes legales que incuben a la contabilidad, la documentación del negocio y las cuentas anuales del deudor, con la característica común de que con esa infracción el deudor impide que se conozca su verdadera situación económica o hace más difícil ese conocimiento. Con esos elementos normativos es evidente que en este caso el tipo penal se enfoca hacia el deudor empresario. De hecho la conducta 7^a habla expresamente del *empresario* y la 8^a alude a la contabilidad *mercantil*, en tanto que la 6^a se refiere al deber legal de llevar contabilidad, que de acuerdo con el art. 25 CCom alcanza al empresario, aunque existen entidades que no realizan actividades mercantiles pero también están obligadas a formular cuentas anuales y a llevar contabilidad. No en vano el art. 34.6 CCom extiende las disposiciones sobre las cuentas anuales a cualquier persona física o jurídica que formule y publique cuentas anuales.

El deber de diligencia en la gestión que se viola aquí es en realidad un deber concreto formulado y desarrollado por la ley –norma escrita extrapenal–, sustancialmente en el *Código de Comercio* publicado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*¹², y el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *Plan General de Contabilidad*, si bien existen numerosas normas de desarrollo en materia contable. La llevanza de una contabilidad ordenada es también una obligación impuesta con carácter general por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* (art. 29.2.d LGT). El cumplimiento de ese deber permite a los acreedores conocer la verdadera situación económica del deudor, que debe orientar la llevanza de su contabilidad al cumplimiento cabal del principio de imagen fiel¹³.

Otro de los deberes legales cuya violación se sanciona –conducta 7^a– es el que tienen los empresarios de conservar íntegramente y por un tiempo determinado la documentación que se refiere a su negocio. En principio el plazo durante el cual se extiende esa obligación es el de seis años previsto en el art. 30 CCom, si bien este plazo puede ceder ante otro que se imponga por otras disposiciones generales o especiales. Aunque este precepto sitúa bajo el deber de conservación del deudor “*los libros, correspondencia, documentación y justificantes concernientes a su negocio*”, el art. 259.1.7^a CP restringe su ámbito a aquellos documentos que en las circunstancias concretas permitan conocer la verdadera situación económica del deudor. Por su parte la normativa tributaria impone como una de las obligaciones formales del contribuyente la de conservar los libros de contabilidad y registros, los programas, ficheros y archivos informáticos que les sirvan de soporte, las facturas y los documentos y justificantes que tengan relación con las obligaciones tributarias (art. 29.2 d] e] y f] LGT). El plazo de cumplimiento de esta obligación ha de entenderse que es también el previsto en la normativa mercantil –seis años– por ser superior al plazo de cuatro años de prescripción del derecho de la Administración a determinar las obligaciones tributarias, aplicación alternativa a la que obliga el art. 70.2 LGT.

Téngase en cuenta que el art. 259.1 CP no sanciona al deudor por la violación de esos deberes legales, sino por el peligro creado por esa infracción que repercute en los intereses de sus acreedores. El incumplimiento de los deberes de llevar contabilidad y de formular las cuentas anuales y de hacerlo en la forma exigida por la ley se sanciona autónomamente en el ámbito administrativo¹⁴, sin perjuicio de lo previsto en los arts. 290 y 310 CP respecto de los delitos de

¹² Véanse los arts. 25 a 49 CCom y 253 a 262 LSC.

¹³ Según el art. 1 del RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, las cuentas anuales deben mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa, para lo cual en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica. El principio es de tal importancia que la norma permite prescindir de los requisitos, principios y criterios contables incluidos en el Plan General de Contabilidad si con ello se alcanza mejor la imagen fiel, haciéndolo constar así en la memoria.

¹⁴ El art. 184 LGT considera *medios fraudulentos* las anomalías sustanciales en la contabilidad y en los libros o registros establecidos por la normativa tributaria, entre las que se encuentran: 1º) el incumplimiento absoluto de la obligación de llevanza de la

falseamiento de cuentas anuales y de falsedad contable respectivamente, los cuales no exigen que el autor se encuentre en situación de insolvencia, pudiendo entrar en concurso con el delito del art. 259 CP.

Por último, de nuevo hay que acudir a la cláusula general que permite cometer este delito al deudor mediante la realización de cualquier conducta que le permita ocultar su verdadera situación económica, que en este caso es de insolvencia:

9.^a Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos (...) por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

Como puede observarse, esta conducta residual no requiere la manipulación u ocultación de ningún documento (libros y registros contables, documentación del negocio, cuentas anuales...) por parte del deudor, sino que a este le basta con realizar *cualquier* acción u omisión con la que oculte su situación económica. Lo que no se entiende bien es el inciso final de este apartado que se refiere a la ocultación de la propia actividad empresarial del deudor, como si el mismo realizará una actividad furtiva o clandestina, salvo que esa referencia pueda entenderse como la ocultación del aspecto ruinoso de su actividad empresarial o como el ejercicio de una doble actividad empresarial.

2.2. Insolvencia punible dolosa (II): causación de la situación de insolvencia (art. 259.2 CP)

El art. 259.2 CP dispone que se impondrá la misma pena a quien “*mediante alguna de las conductas a que se refiere el apartado anterior, cause su situación de insolvencia*”, lo que evidentemente solo puede realizar el deudor. Si bien el delito se castiga con la misma pena que el incumplimiento del deber de diligencia en situación de insolvencia previa, el proyecto de reforma castigaba esta modalidad con una pena más grave de dos a seis años de prisión y multa, convirtiéndola en un subtipo agravado. Esto podría hacer pensar que inicialmente el prelegislador no desvaloraba de la misma forma la causación de la situación de insolvencia que la agravación de la insolvencia previa mediante conductas idénticas, pues esto último es lo que entiendo que sucede en el número 1 del precepto. Sin embargo, el proyecto castigaba en el número 2 con la misma pena la causación de la insolvencia y su agravación, como si esta no estuviese prevista en el número 1. Que haya desaparecido finalmente la referencia a la agravación quizás avale la interpretación propuesta.

El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 confirma que “*se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor*”, por lo que de acuerdo con esa vocación histórica lo lógico hubiera sido describir esta conducta en primer lugar en el apartado 1 del art. 259 CP dándole un carácter preeminente, especialmente si se tiene en cuenta que el legislador también afirma que con la reforma se pretende determinar las conductas punibles que son “*directamente causales de la situación de concurso*”.

El art. 259.2 CP –heredero del anterior art. 260 CP– considera la insolvencia como resultado de una conducta ejecutada dolosamente en alguna de las formas previstas en el número 1. La lec-

contabilidad o de los libros o registros establecidos por la normativa tributaria; 2º) la llevanza de contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, no permitan conocer la verdadera situación de la empresa; y 3º) la llevanza incorrecta de los libros de contabilidad o de los libros o registros establecidos por la normativa tributaria, mediante la falsedad de asientos, registros o importes, la omisión de operaciones realizadas o la contabilización en cuentas incorrectas de forma que se altere su consideración fiscal (...). Y el art. 200 LGT considera infracción grave el incumplimiento de obligaciones contables y registrales, entre otras: a) La inexactitud u omisión de operaciones en la contabilidad o en los libros y registros exigidos por las normas tributarias; b) la utilización de cuentas con significado distinto del que les corresponda, según su naturaleza, que dificulte la comprobación de la situación tributaria del obligado; c) el incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los libros y registros establecidos por las normas tributarias, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados; d) la llevanza de contabilidades distintas referidas a una misma actividad y ejercicio económico que dificulten el conocimiento de la verdadera situación del obligado tributario; e) el retraso en más de cuatro meses en la llevanza de la contabilidad de los libros y registros establecidos por las normas tributarias y f) la autorización de libros y registros sin haber sido diligenciados o habilitados por la Administración cuando la normativa tributaria o aduanera exija dicho requisito.

tura del Preámbulo de la ley de reforma no aclara si esta modalidad constituye también un delito de peligro, pues esa naturaleza la predica expresamente del nuevo delito de concurso punible, siendo así que la causación de la insolvencia no es un delito novedoso más allá de tasarse ahora las formas en que dicha situación puede causarse. La cuestión radica, por tanto, en saber si la causación de la insolvencia genera endémicamente una lesión a los acreedores, quienes tarde o temprano acabarán sufriendo los efectos de las quitas, esperas o liquidaciones que se acuerden en la jurisdicción civil. Que la insolvencia sea el resultado de las acciones típicas tasadas en la norma penal no aporta nada definitivo para la consideración de este delito como delito de peligro o no, pues el concepto de peligro no se opone al de resultado sino al de lesión. Por eso en la dogmática penal se diferencia entre resultado-peligro y resultado-lesión. La jurisprudencia ha vacilado en este punto al pronunciarse sobre la causación dolosa de la insolvencia. Así, las SSTS 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca), 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre), 1105/2006, de 20 de noviembre (Bacigalupo Zapater), y 116/2009, de 4 de febrero (Saavedra Ruiz), consideraban el delito concursal -causación de la insolvencia- como un delito de *lesión*. Por el contrario, la STS 590/2006, de 29 de mayo (Puerta Luis), afirmaba que ese delito “constituye un delito de peligro y no de resultado”, contraponiendo desacertadamente ambos términos como si el peligro no pudiera constituir un resultado. Más recientemente, la STS 463/2014, de 5 de febrero (Varela Castro), afirma: “...hemos considerado el delito citado de resultado, no en cuanto produce lesión, sino peligro, en cuanto origina un riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia”. Si nos atenemos a esta última sentencia, el art. 259.2 CP seguiría siendo un delito de peligro, aunque cuesta mucho afirmar que quien sin justificación alguna causa su situación de insolvencia mediante la ocultación, destrucción o malbaratamiento de bienes, la disposición desproporcionada de activos o la simulación de créditos no busca en definitiva lesionar a sus acreedores. Desde luego, no son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que hasta la reforma han caracterizado este delito por la finalidad del deudor de incumplir maliciosamente las obligaciones contraídas o de hacer imposible la satisfacción de los créditos¹⁵ o por la intención última de perjudicar a sus acreedores¹⁶.

Tampoco es fácil entender cómo puede causarse la insolvencia mediante la comisión de irregularidades contables o en la formulación de las cuentas anuales o mediante la destrucción u ocultación de los libros o documentos del empresario, aunque la jurisprudencia ha tenido ocasión de valorar tales situaciones para pronunciarse sobre su relación con el dolo del deudor¹⁷. Por otra parte, estos incumplimientos formales, aunque raramente pueden ser causales de la insolvencia, son tenidos en cuenta por la legislación concursal para presumir la culpabilidad en la calificación del concurso. Así, el art. 164.2 LC reputa *culpable* el concurso cuando el deudor incumple la obligación de llevar contabilidad, lleva doble contabilidad o comete en ella una irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera, lo que coincide literalmente con el inciso primero del art. 259.1.6º CP. Por otra parte, en relación con las cuentas anuales el art. 165.1.3º LC presume *iuris tantum* la culpabilidad del deudor cuando el mismo no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría o no las hubiera depositado en el registro correspondiente en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, mientras que el art. 259.1.8º CP castiga solo la formulación irregular de las cuentas o la omisión del balance o el inventario, si bien cabe incluir en la conducta 9º la omisión de formular las cuentas o de someterlas a auditoría.

¹⁵ SSTS 452/2002, de 15 de marzo (Bacigalupo Zapater), STS 237/2004, de 26 de febrero (Martínez Arrieta), 1316/2005, de 9 de noviembre (Berdugo Gómez de la Torre), 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca), 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre) y 60/2014, de 5 de febrero (Varela Castro).

¹⁶ SSTS 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre), 40/2008 de 25 de enero (Sánchez Melgar), 205/2009, de 20 de julio (Martín Pallín) y 392/2009, de 24 de abril (Martín Pallín). Más recientemente, sin embargo, la STS 756/2014, de 28 de octubre (Varela Castro) ha señalado que no se exige un específico elemento subjetivo tendencial de causar un perjuicio a los acreedores.

¹⁷ Así, las SSTS 730/2001, de 4 de mayo (Moner Muñoz) y 446/2004, de 2 de abril (Martínez Arrieta) declaran que la inexistencia de contabilidad es un indicio relevante de dolo, mientras que las SSTS 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca) y 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre) afirman que la inexistencia de contabilidad por sí sola no implica causación dolosa de la insolvencia.

Lo realmente llamativo de este tipo penal es que la propia norma incriminadora proporciona por sí misma la prueba de uno de los elementos del delito: la relación de causalidad, que conforme al anterior art. 260 CP era necesario probar autónomamente en la jurisdicción penal frente a las presunciones de la Ley Concursal¹⁸. En efecto, las mismas conductas que el número 1 del art. 259 CP presume peligrosas cuando el deudor las ejecuta en situación de insolvencia –delito de peligro presunto– se consideran también *causales* de la insolvencia cuando se contemplan desde el número 2. Esta determinación *ex lege* de la relación de causalidad debe compensarse con la tesis apuntada en párrafos anteriores de que de acuerdo con el art. 259.1.9^a CP tales conductas para ser penalmente relevantes al menos deben implicar una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y causar una disminución del patrimonio del deudor. Esta restricción legal de la tipicidad –por proyección de la conducta 9^a sobre todas las anteriores– equivaldría a la limitación teleológica de los supuestos de insolvencia que abordaba la jurisprudencia en relación con el anterior art. 260 CP¹⁹.

2.3. Insolvencia punible imprudente: art. 259.3 CP

El art. 259.3 CP dispone que “*Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses*”. El precepto introduce así una modalidad imprudente de la insolvencia punible que no existía antes de la reforma, lo que pugna con el espíritu despenalizador de la imprudencia que, según declara el legislador, inspira la propia reforma²⁰. Por ello la propuesta incriminadora pronto encontró oposición durante su tramitación parlamentaria²¹. De hecho, la jurisprudencia sobre la insolvencia concursal solo admitía la comisión del delito mediante dolo directo²².

En este caso, a diferencia de lo que sucede con el tipo doloso, el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 no revela las razones de política criminal que han avalado la tipificación de la imprudencia. Por otro lado, introducir una modalidad imprudente en un delito cuya versión dolosa se declara delito de *peligro* –seguramente abstracto– no deja de ser un ejercicio de contorsionismo, pues en el mejor de los casos sólo sería admisible la imprudencia *inconsciente* o sin previsión o representación, ya que la conciencia de la peligrosidad de la acción equivaldría prácticamente al propio dolo de peligro. En realidad un delito de peligro procede de un delito imprudente de lesión en el que se castiga la conducta peligrosa sin necesidad de producción de esa lesión, si bien al convertirse en un delito autónomo requiere auténtico dolo: dolo de peligro. Ello no impide que en un sistema de *numerus clausus* el legislador opte por castigar la

¹⁸ Así, la STS 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca) señalaba: “la acreditación de conductas que serían bastantes para, por ejemplo, declarar una quiebra como fraudulenta conforme a las disposiciones del Código de Comercio entonces en vigor, si bien puede ser útil a los efectos indicativos respecto de la existencia del dolo necesario, no sería suficiente para configurar el tipo objetivo si no es posible establecer alguna *relación causal*”. Tras la reforma concursal de 2003 las SSTS 1316/2005, de 9 de noviembre (Berdugo Gómez de la Torre) y 146/2009, de 18 de febrero (Ramos Gancedo) pronto proclamaron “la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora y ya desde el C.P. de 1.995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), bastando que por la prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido *causada* o agravada dolosamente”.

¹⁹ Así, las SSTS 452/2002, de 15 de marzo (Bacigalupo Zapater), 1316/2005, de 9 de noviembre (Berdugo Gómez de la Torre), 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca), 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre) y 940/2006, de 6 de octubre (Martínez Arrieta), por citar algunas, afirman: “el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal” (...) “La producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida”, esto es, de los “actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil”.

²⁰ El Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 afirma en su apartado XXXI que “el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil”.

²¹ Así, la Enmienda nº 708 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso: “el motivo principal para rechazar la modalidad imprudente es de naturaleza político-criminal: los comportamientos que materialmente se aprecian como imprudencias encuentran suficiente respuesta jurídica a través de la Ley Concursal, que permite valorar la insolvencia y también contempla importantes consecuencias jurídicas (art.177 LC). El Código penal debe reservarse para la quiebra dolosa.” BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, págs. 459-460.

²² SSTS 452/2002, de 15 de marzo (Bacigalupo Zapater), 1316/2005, de 9 de noviembre (Berdugo Gómez de la Torre), 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca), 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre), 432/2007, de 24 de mayo (Ramos Gancedo).

realización imprudente de un delito de peligro. Según esta consideración, el art. 259.3 CP tipifica un delito imprudente de peligro en el que el sujeto no se representa la producción del resultado, esto es, el peligro que su conducta supone para los acreedores, porque ni siquiera es consciente de que está violando su deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Esa premisa no resuelve la cuestión de si dicha conducta es más o menos grave que la del deudor que tiene conciencia de dicha infracción, pues para determinar la gravedad de la imprudencia lo que cuenta es la gravedad de la infracción del deber de cuidado y no si hay efectiva previsión o no del resultado. En todo caso el art. 259.3 CP tampoco expresa si en relación con la violación de ese deber se requiere una imprudencia grave –temeraria, inexcusable–, menos grave o leve –simple– para colmar la tipicidad del delito. Lo único que dice el Preámbulo de la reforma es que todas las conductas del art. 259 CP superan el riesgo permitido, lo que se consigue tanto con la imprudencia grave como con la leve. Si se tiene en cuenta que la pena máxima de prisión de este delito imprudente –dos años– supera la pena mínima de prisión del delito doloso –un año–, la imprudencia exigible en este caso no debería ser inferior a la grave, máxime cuando la misma reforma ha reconducido a la vía civil el homicidio por imprudencia leve.

Esa opción encuentra también apoyo en la descripción de la conducta 9^a del número 1 del precepto, que para fundamentar la modalidad dolosa exige una acción u omisión que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Y el art. 164 LC para calificar el concurso como culpable exige que en la causación o agravación de la insolvencia haya mediado dolo o culpa grave.

Con anterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, la inexistencia de una modalidad imprudente de este delito y las exigencias subjetivas impuestas por la jurisprudencia para admitir la concurrencia de dolo en el deudor dejaban muchos estados de insolvencia en la impunidad. Sin perjuicio de la total independencia de las jurisdicciones civil y penal y de la ausencia de prejudicialidad, podía acudirse a las presunciones de culpabilidad de los arts. 164 y 165 LC, siquiera como guía interpretativa, en el intento de sustentar una acusación o de justificar una condena penal. Sin embargo se da la paradoja de que para declarar el concurso culpable en el procedimiento concursal ambos preceptos desvaloran el dolo y la culpa grave exactamente por igual y construyen una única presunción unificada de dolo y culpa grave sobre unos mismos hechos. En puridad le sería lícito al deudor reclamar en su favor una presunción de culpa grave que –entonces– le proporcionara en la vía penal la impunidad. Esta circunstancia ha variado con la reforma penal, pues una vez rebasado el riesgo permitido por parte del deudor la alternativa al dolo no es ya la impunidad sino el castigo por el delito imprudente. Por otro lado, la norma penal ha tasado –aunque no cerrado del todo– las formas particulares de comisión del delito tanto dolosa como imprudente en el intento de que no se recurra ya a la legislación concursal.

3. Insolvencia punible agravada: art. 259 bis CP.

La nueva regulación de la insolvencia punible se completa con la previsión de un tipo agravado del que el Preámbulo de la reforma prácticamente se limita a anunciar su existencia. El nuevo art. 259 bis CP establece: “*Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- 1.^a Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.
- 2.^a Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.
- 3.^a Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.”

La respuesta penal a esas conductas se traduce en elevar los límites mínimo y máximo de la pena privativa de libertad, dejando intacta la multa. Lo primero que debe destacarse es que el legislador ha optado por introducir la agravación en un precepto distinto al que se encuentra definido el delito, creando un subtipo penal que aparentemente agrava *todos* los hechos contenidos en el art. 259 CP que le precede, por lo que en principio agrava tanto la modalidad básica dolosa como la imprudente. De haber querido excluir la imprudencia habría dicho “los hechos a que se refiere el número 1 del artículo anterior” o habría introducido el subtipo agravado en el número 2 del art. 259 CP, desplazando la modalidad imprudente al número 3. Esta opción agravatoria general, sin embargo, explica mal que se igualen las penas del delito doloso y del delito imprudente, salvo que se entienda que más allá de la letra de la ley y a fin de hacer efectivo el principio de proporcionalidad los límites penológicos del art. 259 bis CP deben recorrerse de manera distinta para la agravación del delito doloso y del imprudente. Dejar esta corrección para el operador jurídico de turno no parece una solución muy adecuada.

El subtipo agravado en realidad no se sustenta en una descripción típica autónoma, sino que parte de “Los hechos a que se refiere el artículo anterior” a los que añade determinadas circunstancias que funcionan como condiciones objetivas de agravación, independientes de la acción del autor. El precepto no dice que el deudor debe actuar guiado por la finalidad de causar especiales perjuicios, afectar a un determinado número de acreedores, superar un cierto límite en sus créditos o perjudicar a determinados acreedores públicos. Ninguna de las conductas del art. 259.1 CP se formula tampoco con ánimos, finalidades o intenciones adicionales de lograr un ulterior resultado –el perjuicio efectivo de los acreedores– distinto de la realización del tipo que pudiera dar lugar a considerar que el delito de insolvencia punible es un delito de intención o tendencia interna trascendente. Igualmente, las circunstancias del art. 259 bis CP, tal y como se formulan, no tienen por qué ser abarcadas por el dolo del autor, las conozca o prevea el mismo o no, aunque hay que reconocer que en relación con la circunstancia 3^a el Preámbulo dice que la misma se da cuando “la mayor parte del crédito *defraudado* corresponde a deudas frente a la Hacienda pública y la Seguridad Social”. Ligar el término *defraudación* a la insolvencia penalmente relevante puede crear confusión y abonar la idea de que en el tipo doloso el deudor debe actuar inspirado por ciertos ánimos específicos o ha de poner en juego algún tipo de engaño²³. De ser así, no solo habría que desterrar la aplicación de la agravación al delito imprudente, sino que habría que revisar todo lo dicho hasta ahora respecto al contenido y alcance de la reforma. Sin embargo, el tono neutro con el que se describen las circunstancias del art. 259 bis CP permite considerar que esa defraudación de los créditos a que se refiere el Preámbulo equivale más bien a su frustración desde el punto de vista económico.

El anterior art. 260 CP establecía en su número 2 que para graduar la pena debía tenerse en consideración la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y su condición económica. Esta norma de ponderación abierta ha desaparecido en el actual art. 259 CP, de manera que la entidad del perjuicio y el número de perjudicados se valoran ahora para aplicar o no el subtipo agravado del art. 259 bis CP, que merece las siguientes breves consideraciones:

A) La circunstancia 1^a se refiere tanto a la lesión efectiva sobre el patrimonio como a la *posibilidad* de que ello se produzca en relación con una generalidad de personas, lo que es coherente con la idea del delito de insolvencia punible como delito de peligro. El concepto de “generalidad de personas” debe ser interpretado de acuerdo con lo declarado por la jurisprudencia en relación con el delito masa del art. 74.2 CP y es independiente del importe del perjuicio²⁴. Debe

²³ En relación con el delito de insolvencia punible del anterior art. 260 CP la STS 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre) señalaba que “se sigue moviendo en el ámbito de las defraudaciones, siendo necesaria cierta forma de engaño”.

²⁴ La STS 129/2005, de 11 de febrero (Andrés Ibáñez), con cita de la STS 1111/2003, de 17 de julio, define ese concepto como “mayoría, muchedumbre o casi totalidad de los individuos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particular”, de manera que la actuación tiene como destinatario potencial a una colectividad indeterminada y difusa de individuos. La STS 1158/2010, de 16 de diciembre (Varela Castro) señala que “por generalidad de personas ha de entenderse una cantidad superior a la mera pluralidad (...) una cierta indeterminación en el número de afectados de suerte que el destinatario potencial de la actividad de defraudadora lo sea una colectividad indeterminada o difusa de personas”. La STS 668/2013, de 4

también repararse en que el precepto no habla ya de “acreedores”, como el anterior art. 260 CP, sino de “personas”, por lo que podría también incluirse en el término a los propios accionistas, que en sociedades de grandes dimensiones con el capital muy atomizado pueden integrar una masa de sujetos perjudicados por la insolvencia causada por los administradores y otros responsables de su gestión. Cosa distinta es que en caso de liquidación de la sociedad los socios no puedan cobrar las cuotas resultantes de la misma si antes no se han satisfecho los derechos de los acreedores. También puede incluirse en la generalidad de personas a los trabajadores del deudor, aunque la mayoría de estos en realidad no serán más que una clase de acreedores.

B) La circunstancia 2^a requiere que se cause a alguno de los acreedores –no a cualquier persona– un perjuicio económico superior a 600.000 euros, lo que no equivale simplemente a tener reconocido un crédito por dicho importe, sino que es necesario que se frustren efectivamente expectativas económicas por encima de dicho límite, lo que puede ocurrir con motivo de las quitas que puedan acordarse con el deudor, las reducciones que deriven de la *pars conditio creditorum* o, en su caso, la liquidación. Este límite de 600.000 € constituye el mayor de todos los que establecer el Código Penal para delimitar la tipicidad, permitir la persecución o agravar un delito²⁵.

C) Por último, la circunstancia 3^a requiere que la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social. En puridad la norma exige que esos créditos sean titularidad de ambos acreedores concurrentemente –la Hacienda Pública «y» la Seguridad Social– pero esa exigencia no tiene ningún sentido y obedece a un uso incorrecto y descuidado de la conjunción. De hecho otro privilegio de protección para ambas instituciones aparece también en el art. 257.3 CP que agrava la pena en el delito de alzamiento de bienes –frustración de la ejecución– cuando la obligación pecuniaria que se trata de eludir deriva de un delito contra la Hacienda Pública «o» la Seguridad Social. Lo que parece claro es que en este caso, a diferencia de lo que sucede en la circunstancia 2^a, no se exige la causación de ningún perjuicio por importe determinado, sino que basta con la existencia de los créditos por encima del mismo, los cuales por otra parte gozan del privilegio general de cobro reconocido en el art. 91.4º LC. No se entiende muy bien la razón político criminal de esta agravación, que mereció la censura de un grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados por entender que obedece a “la absurda idea de que perjudicar a ciudadanos es «menos grave» que perjudicar a la Administración”²⁶. Por otro lado, dado que se trata de créditos concursales, esta agravación se aplicará solo cuando el deudor se encuentre ya declarado en concurso, no bastando que haya dejado de cumplir sus obligaciones exigibles.

4. El nuevo régimen de persecutibilidad de la insolvencia concursal

El anterior art. 260 CP limitaba el ámbito de autoría del delito al deudor concursado, por lo que no era posible proceder contra quien causara dolosamente su insolvencia en tanto no hubiera mediado una declaración de concurso, elemento típico que operaba como una condición objetiva de punibilidad²⁷ o de procedibilidad²⁸.

El art. 259 CP extiende ahora la autoría del nuevo delito de insolvencia punible a cualquier deudor en situación de insolvencia, pero al mismo tiempo introduce en el número 4 un requisito

de julio (Moral García) con cita de otras recuerda que “El concepto generalidad de personas hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado que no tiene porqué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios de la actividad ilícita del autor”. La misma definición se contiene en más reciente la STS 492/2014, de 10 de junio (Ferrer García), con cita de muchas otras.

²⁵ Sólo encuentra parangón en el art. 285 CP, que fija ese mismo límite como condición objetiva en el delito de uso de información relevante.

²⁶ Enmienda nº 709 del Grupo Parlamentario Socialista, BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 10 de diciembre de 2014, Núm. 66-2, págs. 460-461.

²⁷ STS 771/2006, de 18 de julio (Berdugo Gómez de la Torre).

²⁸ SSTS 1359/2005, de 18 de noviembre (Colmenero Menéndez de Luarca) y 392/2009, de 24 de abril (Martín Pallín).

de perseguitabilidad según el cual “*Este delito solamente será persegurable cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso*”. Por tanto, el delito lo puede cometer todo deudor insolvente, pero solo podrá perseguirse cuando el mismo haya sido declarado en concurso o haya dejado de cumplir sus obligaciones exigibles. El precepto parece incurrir en una redundancia, pues el art. 2.2 LC señala que “Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, estado que, a su vez, es un requisito de la propia autoría definida en el art. 259.1 CP. Por tanto, tipicidad y perseguitabilidad se dan al mismo tiempo. Sin embargo, cabe sostener que el requisito de perseguitabilidad no incluye los supuestos de insolvencia inminente, también admitidos en la autoría, pues, al exigir que el deudor haya dejado de cumplir de modo efectivo sus obligaciones exigibles, el art. 259.4 CP deja fuera los casos en los que el mismo prevea ese incumplimiento futuro.

El requisito de perseguitabilidad se construye en parte transponiendo el tenor de la Ley Concursal al requerir que el deudor “haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, pero la norma penal no establece las obligaciones concretas cuyo incumplimiento permite ya proceder contra el mismo. Manteniendo esa vinculación con la normativa concursal, el art. 2.4 LC ofrece un catálogo de los incumplimientos del deudor que le permiten al acreedor presentar su solicitud de concurso. Entre ellos destaca el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones (apartado 1º) y el incumplimiento del pago de obligaciones tributarias, cuotas de la Seguridad Social y salarios, indemnizaciones o retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo, siempre que ello suceda dentro de los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (apartado 4º). Estos incumplimientos del deudor deben entenderse incluidos en el requisito de perseguitabilidad del art. 259.4 CP, pues no en vano el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 señala que el delito es persegurable cuando “se produce un sobreseimiento de pagos”, expresión que comprime y simplifica esa enumeración legal.

Al no exigirse ya que el deudor se encuentre declarado en concurso –basta con que incumpla sus obligaciones exigibles– se soluciona el problema que podía presentarse con el anterior art. 260 CP respecto de aquellas entidades que no podían ser declaradas en concurso de acreedores. En efecto, el art. 1.3 LC impide declarar en concurso a los organismos públicos y demás entes de derecho público, por lo que respecto de tales sujetos ese requisito de perseguitabilidad no puede cumplirse nunca. Sin embargo, tras la reforma de 2015 pueden cumplir el requisito alternativo de haber dejado de cumplir sus obligaciones exigibles. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si bien el art. 261 bis CP admite la comisión del delito de insolvencia punible por parte de personas jurídicas, el art. 31 quinques CP no permite declarar la responsabilidad penal de las Agencias y Entidades Públicas Empresariales –aunque cumplan cualquier requisito de perseguitabilidad–, admitiendo con limitaciones la de las sociedades mercantiles estatales.

Una consecuencia muy importante del nuevo régimen de perseguitabilidad es que a partir de ahora podrán acceder a la jurisdicción penal personas físicas y jurídicas en situación de insolvencia no declarada ni tramitada por el Juez competente, puesto que ya no se exige un deudor concursado. Hasta el presente el estado de insolvencia era un dato indubitable proporcionado por el Juez de lo Mercantil (arts. 86 bis y ter LOPJ) o el Juez de Primera Instancia (art. 85.6 LOPJ), únicos con competencia para declarar el concurso de acreedores, por lo que dicho estado no podía ser discutido o revisado en la vía penal. La nueva posibilidad de proceder contra el deudor insolvente sin que de ello conozca previamente o al mismo tiempo el Juez del concurso puede resultar algo extraño, porque obliga a un Juez no especialista, no ya a declarar si un deudor ha causado o no su insolvencia y si lo ha hecho dolosa o imprudentemente –conducta descrita en el tipo penal–, sino si dicho deudor se encuentra o no en situación de insolvencia –*prius* lógico que en ocasiones puede resultar muy complejo–, lo que puede entrar en contradicción con lo que posteriormente declare el Juez del concurso. Por ello ahora cobra especial importancia lo previsto en el art. 4 LC in fine, según el cual el Ministerio Fiscal comunicará a los acreedores los hechos investigados a fin de que puedan solicitar la declaración de concurso ante el Juez competente. De todas formas, el legislador no parece haber reparado

en esta posibilidad, pues en el número 5 del art. 259 CP ha conservado con idéntica literalidad el principio de ausencia de prejudicialidad al advertir que “*Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio de la continuación de este*”, olvidándose de introducir la alternativa novedosa de que el delito también puede perseguirse anticipadamente sin necesidad de iniciar un procedimiento concursal. De esta forma también cobraría definitivamente sentido el último inciso del número 5, según el cual “*El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa*”, donde la expresión “en su caso” hace precisamente referencia a la contingencia del procedimiento concursal cuya existencia no se encuentra garantizada.

Madrid, 2 de mayo de 2016