

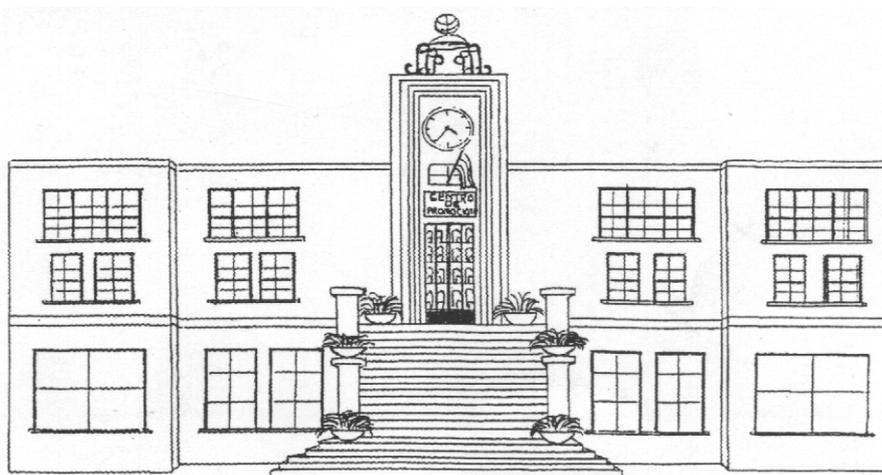
DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA Y DE LA GUARDIA CIVIL

DIVISIÓN DE FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO

CENTRO DE PROMOCIÓN

MANUAL DE CASOS PRÁCTICOS DE DERECHO PENAL

20 de junio de 2011



AUTORES:

**José Antonio Sierra Caro
Javier Costa Barroso
Serafín Giraldo Pérez**

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	4
ESQUEMA DE RESOLUCIÓN DE CASOS PRÁCTICOS	5
TEMA 1. DELITOS CONTRA LA VIDA Y CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA. (Serafín Giraldo Pérez). Homicidio. Asesinato. Lesiones. Esquemas.	11
TEMA 2. DELITOS VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA (José Antonio Sierra Caro) Tipos delictivos de violencia en el ámbito familiar. Esquema de delitos de violencia de género y de violencia doméstica. Conceptos jurídicos. Jurisprudencia penal. Diligencias policiales de investigación para acreditar la habitualidad de los malos tratos. Casos prácticos. Calificación jurídico-penal de cincuenta situaciones	43
TEMA 3. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES. (Serafín Giraldo Pérez). Agresiones sexuales. Abusos sexuales. Acoso sexual. Exhibicionismo y provocación sexual	61
TEMA 4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO. (Javier Costa Barroso). Análisis del delito de Hurto y diferencias con otros tipos penales. Exención de responsabilidad. Casuística policial del Hurto. Análisis del delito de Robo con Fuerza. Casuística Policial del Robo con Fuerza. Análisis del delito de Robo con Violencia e Intimidación. Casuística Policial del Robo con Violencia e Intimidación. Tipo cualificado y atenuado del Robo con Violencia e Intimidación y concursos con otros tipos delictivos. Casuística de interés policial. Análisis del Delito de extorsión. Diferencia con otros tipos delictivos. Casuística Policial del delito de Extorsión. Análisis del Delito de Hurto de Uso y Robo de Uso. Problemática de la Falta de Hurto de Uso y Robo de Uso. Casuística y Actuación Policial. Concursos y otros supuestos delictivos. Análisis del Delitos de Daños. Casuística Policial del Delito de Daños. Falta de Daños y distinción del tipo relativo al Deslucimiento de Bienes Inmuebles con casuística. Análisis de los tipos agravados de Daños y Casuística. Diferencia entre los daños cometidos por Incendio y el Delito de Incendio con casuística. Análisis del Delito de Apropiación Indebida. Diferencias del Delito de Apropiación Indebida con otros tipos penales. Casuística Policial del Delito de Apropiación Indebida. Análisis del Delito de estafa. Estafa Informática y Casuística. Diferencia con otros tipos penales. Casuística Policial del Delito de Estafa. Análisis de sus Agravantes y Casuística de éstas.	83

TEMA 5. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL. (Javier Costa Barroso). Breve Introducción. Análisis del Tipo y Elementos configuradores del Delito contra la Propiedad Intelectual. Análisis de las distintas conductas recogidas en el Código Penal. Descargas e intercambios de archivos por Internet. Casuística y Sentencias de Interés Policial. Elementos configuradores del Delito contra la Propiedad Industrial. Análisis del Tipo Penal: Patentes, Modelos de Utilidad y Productos Semiconductores. Defraudaciones de Signos distintivos y material vegetal. Marca notoria, renombrada y comunitaria. Protección Penal de las Obtenciones Vegetales. Utilización Fraudulenta de Indicaciones Geográficas o de Origen. Protección de Patentes Secretas y Casuística de interés policial. Casuística relativa a los delitos contra la Propiedad Industrial con referencia a distintas Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de España.**171**

TEMA 6. DELITOS INFORMÁTICOS. (Javier Costa Barroso). Breve Introducción. Delitos CIBERECONÓMICOS y Casuística de interés policial: A) Estafas o fraudes cometidos por medios informáticos: Skimming, Phising, Pharming, Carding, Spyware. B) Defraudaciones informáticas. C) Hurto de tiempo informático. D) Daños informáticos: Sabotaje Informáticos, Hacking, Cracking, Botnet, Denegaciones de Servicio Informático. E) Delitos contra la Propiedad Industrial e Intelectual. F) Delitos de Espionaje Informático. G) Falsedad documental vehiculizada. H) Blanqueo informático de capitales.- Delitos ciberintrusivos: Breve introducción. A) Delitos relativos a la Pornografía Infantil y casuística de interés policial. B) Descubrimiento y Revelación de Secretos y contra la Intimidad: problemática del consentimiento del menor en la grabación de imágenes. C) Casuística Policial respecto a la grabación de imágenes de funcionarios policiales sin consentimiento. D) Otros delitos ciberintrusivos.....**202**

TEMA 7. DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS. (José Antonio Sierra Caro). Cuadro general de penas. Normativa internacional y nacional. Conceptos penales. Repertorio de jurisprudencia penal.**233**

TEMA 8. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. (José Antonio Sierra Caro). Legislación. Esquema de los delitos de tráfico de drogas. Jurisprudencia penal sobre tráfico de drogas. Repertorio de jurisprudencia. Casos prácticos.....**250**

PRÓLOGO

Con carácter general un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía debe dominar los tipos penales de la Parte Especial y sus elementos objetivos y subjetivos, así como sus requisitos de procedibilidad. ¿Con qué objetivos?

1º) Para tramitar el atestado mediante el procedimiento idóneo: enjuiciamiento rápido de determinados delitos, enjuiciamiento inmediato de faltas, instrucción ordinaria de diligencias o instrucción con menores infractores.

2º) Para aportar a la Autoridad Judicial cuantos hechos, datos, indicios o medios de investigación sean necesarios para sustentar la calificación jurídico-penal contra una persona.

3º) Para elaborar una diligencia de informe en el atestado atendiendo a la naturaleza jurídica del delito investigado.

Con el fin de consolidar dichas competencias se aspira en este Manual a realizar un enfoque policial del tratamiento de los delitos mediante la resolución de supuestos prácticos y un extenso análisis jurisprudencial de casos.

En cada uno de los temas tratados se comienza estudiando las infracciones penales y sus analogías y diferencias con otros tipos delictivos al objeto de delimitar claramente su calificación jurídico-penal y su posterior investigación policial.

Este manual se adapta a la reforma legislativa llevada a cabo mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Madrid, 20 de junio de 2011
José Antonio Sierra Caro

ESQUEMA DE RESOLUCIÓN DE CASOS PRÁCTICOS

RESOLUCION DE CASOS PRÁCTICOS DE DERECHO PENAL

1. CALIFICACIÓN JURIDICA
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
3. PARTICIPACIÓN CRIMINAL
4. EJECUCIÓN
5. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES Y MODIFICATIVAS

DEPARTAMENTO CIENCIAS JURÍDICAS CENTRO PROMOCIÓN
DIVISIÓN FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO

Pfsor: José Antonio Sierra Caro 1

1ª) CALIFICACION JURIDICA

Los hechos son constitutivos de un delito de... previsto en los artículos xxx y penado en el artículo xxx del Código penal, de un delito de ... previsto y penado en el artículo xxx del Código Penal, en relación de concurso real, concurso ideal, delito continuado de...

***PLURALIDAD DE DELITOS:**

- Una sola acción produce un solo delito (DELITO INSTANTANEO)
- Una sola acción produce dos o más delitos (CONCURSO IDEAL)
- Varias acciones producen un solo delito (DELITO CONTINUADO Y DELITO MASA)
- Varias acciones producen varios delitos (CONCURSO REAL)

CONCURSO IDEAL (Art. 77)

- 1) Que una acción constituya dos o más delitos: EJEMPLO: A lesiona a B (Autoridad), por lo que la acción constituye un delito de lesiones y otro de atentado.
- 2) Que un delito sea medio necesario para cometer otro: EJEMPLO: A falsifica un documento de comercio para poder cometer una estafa. La falsificación es necesaria a modo de engaño típico para poder realizar el delito principal que es la estafa.

CONCURSO REAL (Art. 73, 75 y 76)

Consiste en una pluralidad de acciones del sujeto, cada una de las cuales constituye por sí misma un delito independiente. EJEMPLO: A se apodera de un automóvil, posteriormente atraca un banco, llevándose un millón de pesetas y en la huida dispara contra la policía. A comete en concurso real de delitos: 1º un delito de hurto de uso de vehículo a motor; 2º un delito de robo con intimidación; 3º un delito de tenencia ilícita de armas; 4º un delito de atentado.

3

DELITO CONTINUADO (Art. 74.1)

Lo perpetra el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

Ej.: A toma dinero de la caja de la empresa donde presta sus servicios, pues ha resuelto aprovecharse de todas las ocasiones posibles.

DELITO MASA (Art. 74.2)

Si se tratare de acciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Ej.: estafas en la compraventa de pisos, ingresos en sociedades ficticias de inversión...

4

CONCURSO DE NORMAS (ART. 8 C.P.)

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:

1º) **PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD:** El precepto especial se aplica con preferencia al general.

2º) **PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD:** El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal.

3º) **PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN:** El precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4º) **PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD:** En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

5

2ª) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Interés jurídico que la Ley pretende proteger en los distintos preceptos.

3ª) AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1.- **AUTORÍA:** Autoría directa, Coautoría y Autoría Mediata

Art. 28 C.P: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos (**autoría directa**), conjuntamente (**coautoría**-requiere cooperación p.ej.: reparto de tareas) o por medio de otro del que se sirven como instrumento (**Autoría mediata-instrumentación física o psíquica**).

2.- **PARTICIPACIÓN:** Inducción/Cooperación necesaria/complicidad

Se basa en: - Unidad de título de imputación y
- Accesoriedad de la participación

6

***INDUCCIÓN.-** Art. 28, párrafo 2º del C.P.: “También serán considerados autores: a) Los que inducen a otros a realizarlo”.

Es el instigador, autor moral o intelectual que convence a otra persona para que ejecute el hecho punible.

***COOPERACIÓN NECESARIA.-** Art. 28, párrafo 2º del C.P.: “También serán considerados autores: b) Los que cooperaren a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Realiza actos de auxilio a la ejecución del delito bajo la fórmula de conditio sine qua non. No toma parte directa en la ejecución del delito (autor directo) ni realiza elementos del tipo legal (coautor).

***COMPLICIDAD.-** Artículo 29 C.P: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperaren a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

7

4ª) GRADO DE EJECUCIÓN: ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS

***ACTOS PREPARATORIOS:** Se castigarán exclusivamente en los casos especialmente previstos en la Ley. Arts. 17 y 18 C.P.

*CONSPIRACIÓN
*PROPOSICIÓN
*PROVOCACIÓN
*APOLOGÍA

*** ACTOS EJECUTIVOS:**

Art. 15 C.P: “1.- Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2.- Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio”.

8

***LA TENTATIVA**

Art. 16 C.P dispone que: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución directamente por hechos exteriores, practicando todos (**tentativa acabada, antigua frustración**) o parte de los actos (**tentativa inacabada**), que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

*** LA CONSUMACIÓN**

Consiste en la realización, por parte del agente, de todos los elementos comprendidos en la correspondiente figura del delito, es decir, en la plena coincidencia entre los hechos realizados y los descritos en el tipo delictivo, y la consecución del resultado típico.

9

5ª) CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES Y MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL (ATENUANTES Y AGRAVANTES)

***EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL (ART.20)**

- 1.-ANOMALÍA O ALTERACIÓN PSÍQUICA PERMANENTE O TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO
- 2.- INTOXICACIÓN PLENA POR DROGAS O ALCOHOL
- 3.-ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN
- 4.-LEGÍTIMA DEFENSA
- 5.-ESTADO DE NECESIDAD
- 6.-MIEDO INSUPERABLE
- 7.-CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O CUMPLIMIENTO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO

10

***CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES (Art. 21)**

- 1.- EXIMENTES INCOMPLETAS
- 2.- GRAVE ADICCIÓN A LAS DROGAS O AL ALCOHOL
- 3.- ARREBATO U OBCECACIÓN
- 4.- CONFESIÓN
- 5.- REPARACIÓN DEL DAÑO O DISMINUCIÓN DE SUS EFECTOS
- 6.- DILACION EXTRAORDINARIA E INDEBIDA EN LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
- 7.- ATENUANTES ANALÓGICAS

11

***CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (ART. 22)**

- 1.- ALEVOSÍA
- 2.- DISFRAZ, ABUSO DE SUPERIORIDAD O APROVECHAMIENTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LUGAR O TIEMPO
- 3.- PRECIO, RECOMPENSA O PROMESA
- 4.- DISCRIMINACIÓN
- 5.- ENSAÑAMIENTO
- 6.- ABUSO DE CONFIANZA
- 7.- CARÁCTER PÚBLICO
- 8.- REINCIDENCIA

***CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO (ART. 23)**

12

TEMA 1.- DELITOS CONTRA LAS PERSONAS. HOMICIDIO. ASESINATO. LESIONES

Serafín Giraldo Pérez

A.- HOMICIDIO.

SUMARIO:

1º.- ANÁLISIS DEL TIPO.

2º.- ELEMENTOS DEL TIPO.

3º.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

4º.- LA IMPUTACIÓN.

5º.- PENAS.

6º.- FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

7º.- OTRAS CUESTIONES.

1º.- ANÁLISIS DEL TIPO (art. 138)

A) Consideraciones generales:

Frente a las teorías de la intervención del estado totalitario respecto a la disposición sobre la vida de sus ciudadanos, surgen en nuestros días las llamadas teorías individualistas que preconizan la idea de que es el individuo antes que el Estado y no al revés.

B) Bien jurídico protegido:

El bien jurídico protegido es la vida humana independiente. El propio Tribunal Constitucional entiende que lo que se protege es al ser humano que está vivo. Pero, ¿qué significa esto?. Para aclarar esta cuestión es necesario hacer las observaciones siguientes:

a) El art. 15 de la Constitución se dirige al Estado al que advierte de la prohibición de privar de la vida a una persona y, a la vez, protege al ciudadano para que nadie pueda privarle de su vida.

b) ¿Puede uno disponer libremente de su vida o no puede?. Nuestro derecho no da respuestas concluyentes y trata de decirnos que la vida es un bien indisponible. Últimamente se viene a decir que cuando el Estado castiga estas conductas es porque la persona a la que se protege no quiere o desea

que voluntariamente se le quite la vida, es decir, la vida humana independiente sólo es disponible para el propio sujeto, pero no para terceros (por ejemplo, el suicidio).

c) ¿Cuándo ha nacido uno y cuándo ha muerto? Para mejor entender esta cuestión, nuestro derecho ha impuesto un límite mínimo y otro máximo.

1 - Límite mínimo: ¿cuándo se tiene por nacida una persona?. El Código Civil dice que a partir de las 24 horas enteramente desprendido del seno materno. Para el derecho penal es ya desde que nace siempre que sea viable, es decir, que tenga aspecto humano. Entonces ¿cuándo se nace?. El Código Penal nada dice y se inclina a que habrá vida humana independiente cuando se haya producido un ataque independientemente de la de la madre.

2 - Límite máximo: ¿cuándo se deja de ser humano de una forma independiente?, es decir, ¿cuándo se muere?. Este problema si está regulado por el R.D. de 1999 sobre trasplantes en base a dos parámetros:

Primero: cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias una vez transcurridos cinco minutos consecutivos y realizadas las oportunas maniobras de reanimación.

Segundo: cese de las funciones encefálicas del cerebro (encefalograma plano).

2º.- ELEMENTOS DEL TIPO

La CONDUCTA TÍPICA es "matar a otro", pero, ¿quién puede cometer este delito y contra quién?

El SUJETO ACTIVO puede ser cualquiera.

El SUJETO PASIVO es ¿contra quién?, es decir, es "el otro" a quien se mata y puede ser cualquiera, aunque hay especificidades como el rey, el príncipe heredero, jefes de estado extranjeros, etc., donde la pena a imponer se agravará. Existen también especificidades por el objeto y medios utilizados como, por ejemplo, delitos de asesinato, de terrorismo, de genocidio, etc.

Nota: tanto para los delitos de homicidio como de asesinato, ya sean por imprudencia o dolosamente, habrá tantos delitos como personas se hayan matado (piénsese, por ejemplo, en un atentado con bomba en el cual mueren muchas personas). La conducta típica que se castiga aquí es matar a otro. Lo que se castiga es el resultado y, por ello, el legislador dice que no se puede matar, es decir, se esta prohibiendo matar y sirve cualquier medio racional empleado ya sea físico como psíquico.

COMISIÓN POR OMISIÓN: ¿Se puede matar sin hacer nada? Si (por omisión), por ejemplo, pensemos en la enfermera que no pone la medicación y a

consecuencia de ello muere su paciente. Nuestro derecho regula en el art. 11 la figura de la comisión por omisión que está sujeta a los siguientes presupuestos:

1 - Es un delito de resultado porque existe un deber jurídico de actuar, que se omite.

2 - Hay un resultado de muerte que se hubiera evitado si se hubiese actuado. (Nota: es lo que se conoce como "posición de garante" que tiene como cometido garantizar la vida de una persona, ya sea de -forma legal- por ej.: -policías o bomberos- o de forma -contractual- por ej.: una enfermera que se contrata para cuidar de una persona -y, también, en los casos de ingerencia).

LA CAUSALIDAD: debe darse una relación de causa-efecto entre la acción y el resultado de muerte. En este sentido, la teoría tradicional que se refería al principio de que "la causa de la causa es causa del mal causado" no vale para determinar jurídicamente quien es el responsable de la muerte. Posteriormente tuvo aceptación la llamada teoría de la causa eficiente, es decir, postulaba que el resultado de muerte debía producirse por el empleo de un medio eficaz y cierto sin el cual esta no se hubiere producido. Por último, cabe citar la teoría de la imputabilidad objetiva donde la mera teoría causal va a tener trascendencia si la trasladamos al derecho. La Teoría de imputabilidad objetiva viene a decirnos que si hay relación es porque el comportamiento es objetivamente aplicable al resultado de muerte, esto es, ha de existir una relación entre la valoración de la norma jurídica y el resultado producido.

3º.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Cabe referirse en este apartado a dos supuestos: el consentimiento y el cumplimiento de un deber.

- a) El consentimiento es la disponibilidad del bien jurídico protegido por parte del sujeto pasivo. En nuestro derecho el consentimiento no libra de responsabilidad cuando hay homicidio. En las lesiones rebaja la pena, pero las castiga igualmente.
- b) El cumplimiento de un deber: en estos supuestos se mata a otro pero en cumplimiento de un deber, por ejemplo, el verdugo, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, etc. En nuestra legislación se dice que tienen la obligación de defender la seguridad de los ciudadanos, especialmente, la vida e integridad, siempre que no haya otra forma de evitarlo.

4º.- LA IMPUTACIÓN.

Dentro de este apartado nos vamos a referir al dolo (directo y eventual) y al homicidio imprudente.

A) EL DOLO.

Podemos hablar de homicidio doloso cuando concurre en el resultado de muerte los elementos de la "intencionalidad" y del "conocimiento", es decir, "saber y

querer" (el art. 138 del C. Penal dice que "el que matare a otro, será castigado como reo de homicidio a ...)

¿Qué ocurre con el que mata estando borracho o con el que se defiende queriendo matar?, por ejemplo. Aquí el dolo es compatible con todas estas situaciones.

La conducta dolosa estudiada anteriormente podemos definirla como "dolo directo", pero, ¿qué es el dolo eventual?. Se produce esta conducta cuando no se quiere matar pero se mata. El sujeto produce la muerte de otro pero no quiere matarlo, aunque sabe que puede hacerlo y, en vez de evitarlo, acepta el resultado de muerte, (por ejemplo, un comando terrorista coloca una bomba avisando de su ubicación y esta explota antes de que puedan localizarla ocasionando varias muertes). La cuestión en estos casos es que podría darse la hipótesis de que no se produzcan víctimas porque se hubiese localizado a tiempo la bomba o no hubiese estallado por algún fallo mecánico pero, en todo caso, existe un riesgo previsible.

Relaciones entre el dolo y el error: en primer lugar hay que referirse a aquellos supuestos en que se produce "error en la persona" e imaginemos que yo quiero matar a mi deudor y, por confusión, mato a mi vecino. La doctrina y la jurisprudencia entienden que, en estos casos, el error da igual y que el homicidio es doloso. En segundo lugar hablamos de lo que se conoce como "error en el golpe", por ejemplo, realicé un disparo contra mi vecino y fallo matando a otra persona que pasaba por allí. Aquí se cometen dos delitos: un homicidio doloso en grado de tentativa porque no llegó a matar a mi vecino al errar el disparo y un delito de homicidio imprudente por producir la muerte a la persona que pasaba accidentalmente por allí. La doctrina y la jurisprudencia dicen que la conducta realizada debe ser dolosa.

Dolo general: la doctrina dice al respecto que es irrelevante la conducta empleada si se da el resultado de muerte y, en todos estos supuestos, la conducta se reputa dolosa.(por ejemplo, estrangulo a una persona y, creyéndolo muerto, lo despeñó por un barranco muriendo posteriormente).

B) HOMICIDIO IMPRUDENTE

Podemos definirlo como la producción no querida de una muerte, realizado mediante un comportamiento activo u omisivo descuidado y sin la diligencia debida.

El derecho no nos dice que se entiende por "diligencia debida" y nos remite a las normas sociales que son las que nos indicarán que debemos ser cuidadosos y diligentes. En el homicidio imprudente el resultado ha de ser previsible y se ha de ocasionar necesariamente la muerte, por lo que no cabe la tentativa ni bastará con causar otro tipo de lesiones en la persona. Existe una clasificación de la imprudencia con resultado de muerte como imprudencia grave, leve e imprudencia profesional.

1 - Imprudencia grave: se produce cuando el deber de cuidado que se omite es muy importante, pero, ¿cuándo es grave?, hay que partir del cuidado que tendría una persona poco cuidadosa y la imprudencia sería grave cuando ni siquiera se realiza aquello que una persona poco cuidadosa hubiera hecho.

2 - Imprudencia leve Se realiza cuando se omite aquella diligencia que haría cualquier persona cuidadosa.

3 - Imprudencia profesionales aquella que realizan personas a quienes se exige un cierto riesgo hacia los demás y por ello se les reclama un especial deber de cuidado, por ejemplo, un cirujano, un conductor de autobús, etc.

Hay que distinguir entre la "impericia" (aquella persona que carece de la pericia necesaria para ejercer su profesión y, sin embargo, esta obligado a tenerla por su titulación) y la "negligencia profesional" (lo tiene todo y, sin embargo, ese día no hace su trabajo como cabría esperar y realiza una conducta imprudente con resultado de muerte).

5º.- PENAS

El homicidio doloso se castiga con una pena de 10 a 15 años de prisión.(art.142). El homicidio imprudente grave será castigado con una pena de 1 a 4 años (art.142).

El homicidio imprudente leve será castigado como una falta contra las personas a una pena de multa de 1 a 2 meses(art.621-2).

Nota; Las muertes por imprudencia por accidentes de tráfico y por armas de fuego, llevarán aparejadas, además, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y la de tenencia y porte de armas de fuego de 1 a 6 años.

La imprudencia profesional con resultado de muerte llevara aparejada, además de la pena que corresponda, la inhabilitación especial para el ejercicio de oficio, cargo o profesión por un período de 3 a 6 años.

PROBLEMÁTICA DE LA MUERTE POR IMPRUDENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

En estos casos sólo se castigará al medico en los casos de omisión y por impericia profesional, no siendo jurídicamente relevantes los errores en la apreciación del diagnóstico.

6º.- FORMAS DE PARTICIPACIÓN

A) CONSPIRACIÓN, PROVOCACIÓN Y PROPOSICIÓN

Estas formas de participación se castigarán, en todo caso, si así vienen reguladas en el propio Código Penal.

- a) La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.
- b) La provocación se dará cuando se provoca a otro para que mate a una persona concurriendo otros elementos como la radiodifusión, la televisión, prensa, u otros medios que inciten a la perpetración del delito.

- c) La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otro u otros a la ejecución del mismo.

La pena que se impondrá en estos supuestos será la inferior en uno o dos grados a la que corresponda por el delito consumado.

B) LA TENTATIVA

Esta forma de participación se produce cuando se intenta, sin conseguirlo, cometer el delito. Para una mejor comprensión de esta figura delictiva es importante tener en cuenta los siguientes elementos:

- a) Actos preparatorios impunes. ¿Cómo se distinguen los actos preparatorios que no son impunes de la tentativa?. En la tentativa los actos preparatorios, en principio, no se castigan ya que si bien puede deducirse que existe una intención, esta no ha empezado a realizarse como si ocurre con la tentativa y, de aquí la dificultad de entender a la hora de distinguirlos.
- b) La dilatación temporal, es decir, el tiempo que pasa. Si la muerte es consecuencia del ataque hay homicidio consumado y da igual el paso del tiempo.
- c) Diferencia con las lesiones consumadas: el problema viene a la hora de distinguir entre las lesiones dolosas consumadas y la tentativa homicida, ¿cuál es la solución?, habrá que acudir a la intencionalidad en la realización de la conducta, esto es, si hay intención de lesionar será un delito doloso de lesiones, y si existe intención de matar será una tentativa de homicidio.

Para ello, se tendrán en cuenta una serie de datos como los hechos anteriores, medios empleados, lugar de dirección del ataque, número de ataques, etc... los cuales pueden ser apreciados para dilucidar si ha habido o no intención de matar. Por otra parte, los actos posteriores "el después", también denotan la intencionalidad del agresor.

Penas: el homicidio en grado de tentativa se castigará con una pena de dos años y medio a diez años de privación de libertad.

7º.- OTRAS CUESTIONES

- a) Autoría; el que mata es el autor, aunque también caben la coautoría, la inducción y la cooperación necesaria para la comisión de estos delitos. Aquí entra en juego lo que se conoce como la "Teoría del pacto", es decir, todos los que se pongan de acuerdo para cometer el delito son autores con independencia de si han sido o no los ejecutores directos del mismo.
- b) Pena; la regla general es que el homicidio se castiga con una pena de 10 a 15 años e inhabilitación absoluta por el tiempo de 5 a 20 años.

- c) Especial importancia tiene a estos efectos la circunstancia mixta de parentesco, que presenta la particularidad de que en algunos delitos puede ser causa de atenuación de la pena, (por ejemplo en los delitos contra el patrimonio) y en otros agrava la pena como ocurre con los delitos contra las personas).
- d) La responsabilidad civil; cuando se comete un delito no sólo se castiga con una determinada pena, sino que también suele acarrear una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el mismo. Pero ¿quiénes son los perjudicados por la muerte de una persona?, en principio los que tengan alguna relación con el fallecido y no sólo a nivel familiar, sino de amistad, afectivo, etc., es decir, el perjudicado no tiene porque ser el heredero. A este respecto citaremos la "Ley 95/1995 de Ayuda y Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual", que va dirigida a los cónyuges no separados, hijos, parejas de hecho con al menos dos años de convivencia, etc. como receptores de las indemnizaciones a que hubiere lugar, con la particularidad de que el Estado garantizará las compensaciones económicas para los casos en que el propio condenado no pudiera cubrirlas. Es de importancia, también, la "Ley 30/795 de Seguro de Responsabilidad Civil por Accidentes de Tráfico", que se suele aplicar para otros tipos de accidentes por los propios Tribunales.

B.- ASESINATO

SUMARIO:

1º.- ANÁLISIS DEL TIPO.

2º.- ELEMENTOS DEL TIPO.

3º.- PARTICIPACIÓN.

1º.- ANÁLISIS DEL TIPO.

Viene regulado en los artículos 139 y 140 del CP, y se diferencia del homicidio en la especial gravedad que concurre en la acción de matar, pues la muerte se produce a través de algunas de las circunstancias recogidas en el art. 139 —o varias que lo convertirían en el supuesto agravado del art. 140— y que coinciden con las agravantes generales del art. 22 en sus apartados 1, 3 y 5 (alevosía, precio, promesa o recompensa y ensañamiento):

2º.- ELEMENTOS DEL TIPO.

1º.- Tipo objetivo

El resultado es idéntico al del homicidio (la muerte de una persona) pero con la diferencia de que ahora concurren en la acción una o varias de las siguientes circunstancias especiales:

a) *Alevosía*

Viene definida en el art. 22.1ª como:

“Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

Luego esta circunstancia comparte una doble naturaleza: una naturaleza objetiva y otra subjetiva. Una *naturaleza objetiva*, puesto que consiste en el empleo de medios, modos o formas que supongan una actuación sin riesgo que asegure el resultado. Y otra *subjetiva*, ya que el empleo de esos medios debe hacerse con el ánimo de lograr la muerte del sujeto pasivo sin que pueda defenderse, de modo que es necesario que se actúe con conciencia de la idoneidad del medio para procurar una muerte sin que el agresor se vea en peligro ante la reacción de la víctima. O lo que es lo mismo, no es que se requiera ninguna motivación especial, sino que basta con que el sujeto busque la situación favorable, la conozca y la aproveche o quiera aprovecharla.

Esto, sin embargo, implica que la alevosía requiere una previa posibilidad de indefensión, lo cual plantea la duda de si cabe calificar de alevosos los supuestos en que el sujeto pasivo aprovecha una situación ya dada de indefensión de la víctima (es un niño, un anciano, un tetrapléjico, etc.), ya que en ellos no se necesita emplear ningún “medio, modo o forma” y no hay posibilidad de defensa pues ésta, de antemano, es imposible. Tales casos, por tanto, no tienen ahora que ser necesariamente calificados de asesinato, sino como homicidio, con la consideración, como mucho, de la agravante de abuso de superioridad (art. 22.2ª), que desde luego no eleva el homicidio a la categoría del asesinato.

Lo decisivo en la alevosía es, por tanto, el aseguramiento de la ejecución del hecho y la ausencia de riesgo ante la defensa del ofendido, de ahí que sean ejemplos claros de alevosía: las trampas, emboscadas o ataques por la espalda, y la agresión súbita, inesperada y sin preámbulos. La alevosía, finalmente, absorbe las agravantes de disfraz y abuso de confianza y superioridad, pues se trata de agravantes similares.

b) *Precio, recompensa o promesa*

Esta circunstancia presupone un pacto remuneratorio, de contenido económico, como motor del delito. No basta, por tanto, con que el sujeto que mate reciba posteriormente una dádiva por lo que ha hecho, sino que es preciso que lo haya hecho en base a tal motivo. No se requiere que el autor haya percibido efectivamente el precio, promesa o recompensa, basta con que el mandatario actúe impulsado por la motivación de percibirlo. Esta circunstancia, en todo caso, requiere la existencia de dos personas: el que ofrece la dádiva y el que comete el delito motivado por ella. El primero responderá como inductor y el segundo como autor directo, ¿pero ambos de un delito de asesinato?

Como viene declarando la Sala Segunda del TS, cuando el delito se comete por incentivos que son únicos, excluyentes y causales, que convierten al dador o prominente en inductor, no hay posibilidad de penar a éste además con la agravante de precio, pues supondría infringir el principio del “ne bis in idem”, al menos respecto al inductor, no respecto a los ejecutores materiales del hecho. Y es que el precio es precisamente el mecanismo mediante el cual se articula el influjo psicológico de la inducción (entre otras, STS 31-10-02).

c) Ensañamiento

Significa aumentar inhumana y deliberadamente el dolor de la víctima. En el ánimo del autor ha de estar la causación de dolor a la víctima. No debe, por tanto, identificarse con el número de heridas sufridas, ni con los actos *post mortem*, ya que no se puede hacer sufrir a quien está inconsciente o ya no tiene vida, sino que se refiere a actos crueles o sádicos previos a la muerte.

2. Tipo subjetivo

Es ciertamente evidente el que aquí no cabe la comisión imprudente. La naturaleza misma de las circunstancias del art. 139 se opone a tal posibilidad, puesto que en todas ellas se aprecia una especial intención en el sujeto de causar la muerte, luego sólo cabe su comisión dolosa.

Es, en todo caso, discutible la admisión del dolo eventual. Para algunos los medios especiales de que se vale el sujeto o los móviles que le impulsan hacen inviable la imputación a título de dolo eventual. Otros, sin embargo, lo aceptan, al no incluir el tipo referencia explícita alguna al dolo directo (algo parecido al ánimo de lucro exigido en la estafa, por ejemplo). En cualquier caso, lo que sí está claro es que el dolo debe abarcar tanto la muerte como el que ésta se produzca por alguna de las circunstancias anteriores (alevosía, precio, promesa o recompensa o ensañamiento).

El TS, en lo que a la alevosía en específico respecta, estima que tal agravante requiere el propósito de realizar el resultado delictivo, luego es incompatible con el dolo eventual, salvo en escasísimos supuestos relacionados con la muerte de bebés (SSTS 20-12-93; 31-10-2002; en sentido contrario, STS 71/2003, 20 de enero).

3º.- PARTICIPACIÓN.

En este aspecto cabe vislumbrarse un grave problema, pues la responsabilidad de los partícipes puede variar de una forma importante, según se entienda al asesinato como un homicidio agravado o como un tipo autónomo.

Si es un delito autónomo, las circunstancias se incorporan al tipo cualificándolo como un tipo diferente al homicidio. En tales casos, el respeto de las reglas de accesoriedad en la participación y de unidad del título de imputación hace que los partícipes lo sean siempre en un asesinato, con independencia de si en ellos concurría o conocían la circunstancia específica.

De este modo, si A induce a B a matar, pero no sabe que éste lo va hacer utilizando un medio alevoso, B será autor de un asesinato y A inductor de lo mismo —si bien, como manifiesta MUÑOZ CONDE, cabría aducir la concurrencia de un error esencial que excluiría el dolo del asesinato, y les haría responder, como mucho, por homicidio simple—.

Sin embargo, *si el asesinato se considera un homicidio agravado* —como parece quiere dar a entender el CP al hablar de “Del homicidio y sus formas”— y sólo mantiene su nombre peculiar por tradición, el título de imputación es el de homicidio y las circunstancias funcionan como agravantes normales (sólo excluidas del régimen de los arts. 66 y 67, o de aplicación de la pena), de modo que están sujetas al régimen de comunicabilidad de las circunstancias del art. 65.

Según este precepto, modificado por *LO 15/2003, de 25 de noviembre*, las circunstancias que consistan en cualquier causa de naturaleza personal sólo se aplicarán en quienes concurren. De su parte, las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, se aplicarán sobre los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación en el delito.

Así en el ejemplo anterior, A será inductor de un homicidio y B responderá como autor de un asesinato. Lo que viene a ser una solución muy “parecida”, si bien a la que se llega por vías diferentes.

C.-LESIONES

SUMARIO:

1º.- ANÁLISIS DEL TIPO.

2º.- ELEMENTOS DEL TIPO. SUJETOS Y CONDUCTA.

3º.- TIPO SUBJETIVO; EL DOLO EN LAS LESIONES.

4º.- FORMAS IMPERFECTAS.

5º.- EL TIPO BÁSICO DE LESIONES (art. 147.1).

6º.- TIPO ATENUADO DE LESIONES (art. 147.2).

7º.- LESIONES AGRAVADAS (arts. 148, 149 y 150).

8º.- LESIONES IMPRUDENTES (arts. 152 y 621).

9º.- PARTICIPACIÓN EN RIÑA (art. 154)

10º.- EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES (arts. 155 y 156)

1º.- ANÁLISIS DEL TIPO.

En el Título III del Libro II se recogen, bajo el nombre “De las lesiones”, una serie de conductas cuya característica principal es, tal y como se desprende del tipo básico del art. 147.1, el que *afecten directamente a la integridad corporal o a la salud, física o mental, de las personas*. En líneas generales, por tanto, lesión es todo daño o menoscabo en la salud o en la integridad corporal de una persona causado sin dolo de muerte. *¿Pero que hay que entender por salud?* Por salud cabe entender el normal desenvolvimiento de los órganos y miembros del cuerpo humano para que el sujeto pueda participar en la vida social. Por tanto, las lesiones abarcan tanto las enfermedades somáticas (físicas) como las psíquicas, los defectos que provengan de ellas y la pérdida de una parte de la sustancia corporal.

1. Ordenación legal

El actual CP, en su Título III, recoge un tipo básico y un concepto general de lesiones en su art. 147 —con la correspondiente falta en su art. 617—, y sobre él se recogen los tipos cualificados en función del medio empleado (art. 148.1º y 2º), de la cualidad de la víctima (art. 148.3º, 4º y 5º) o de los resultados producidos (arts. 149 y 150). De igual modo mantiene dos delitos específicos introducidos en la reforma de 1989:

- El de empleo habitual de violencia física sobre personas relacionadas afectiva o familiarmente con el agresor; la violencia doméstica y de género, tema tratado en este manual”.

- El de participación en riña con medios peligrosos (art. 154).

Además, en el CP, se recoge la tipificación expresa de los actos de participación intentada, esto es, de provocación, conspiración y proposición para cometer los delitos de lesiones (art. 151) y de la imprudencia (art. 152 y 621, en lo que se refiere a las faltas). Y, finalmente, en lo que al consentimiento respecta, expresamente sólo se le reconocen efectos atenuadores de la responsabilidad (art. 155), mientras que permanecen prácticamente idénticas las previsiones sobre transplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual (art. 156).

2. Bien jurídico

Parece no haber duda en aquí el bien jurídico protegido es *la integridad y la salud corporal física o mental*, proclamado como bien jurídico en el art. 15 de la CE. El ataque dirigido a la salud es la enfermedad y el ataque dirigido a la integridad corporal —que sólo se refiere al aspecto físico— es la falta, mutilación o inutilización de algún órgano o miembro corporal. Si bien pudieran parecer dos bienes distintos los protegidos —integridad y salud—, la realidad es que el contenido del bien jurídico viene marcado por la *idea genérica de salud individual* que incluye también la integridad corporal, pues la salud es susceptible de ser atacada tanto produciendo una alteración en su normal funcionamiento durante un período de tiempo mayor o menor —enfermedad o incapacidad física o psíquica—, como causando un menoscabo en el sustrato corporal (integridad).

No constituyen, en consecuencia, delito de lesiones los ataques contra la integridad moral —regulado específicamente en los arts. 173 a 177—, la disminución de la integridad corporal que no suponga un menoscabo en la salud —como cortarse el pelo, la barba o las uñas—. De igual modo, tampoco constituye un delito de lesiones la acción que objetivamente supone una mejora de la salud, aunque incida negativamente en la integridad corporal (ej. la amputación de una pierna gangrenada).

3. El tratamiento médico-quirúrgico

Por tratamiento médico-quirúrgico cabe entenderse toda la serie de prescripciones procedentes de persona autorizada a ello, o de acciones realizadas directamente por dicha persona sobre otra y que pueden afectar a la salud y a la integridad física de ésta. El *tratamiento médico* es toda actividad realizada por un profesional de la medicina encaminada a curar a una persona o evitar que se deteriore su salud. Se trata, por tanto, de un proceso más o menos dilatado, diferente de la primera asistencia facultativa. Normalmente en ésta es donde se decide si el diagnóstico es correcto —cosa difícil en bastantes ocasiones—, y si es necesario el posterior tratamiento, lo que determinará si las lesiones son constitutivas de delito (art. 147 y ss.) o falta (art. 617.1). El CP lo único que nos deja claro es que:

“La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico” (art. 147.1).

El *tratamiento quirúrgico*, de su parte, existe siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma “agresiva” como ocurre, por ejemplo, cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura; es decir, siempre que la curación se persiga mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesita (STS de 30 de abril de 1998).

La gama de intervenciones quirúrgicas es muy extensa, pudiendo ir desde un simple punto de sutura¹, como consecuencia de una lesión causada por una pequeña piedra lanzada contra la víctima, hasta la extirpación del riñón, la amputación de un brazo, etc., o intervenciones como consecuencia de traumatismos craneoencefálicos, donde a veces las secuelas pueden aparecer entre algunos minutos y algunos años después. Pero, *¿cuándo el propio tratamiento médico podría llegar a constituir el tipo de un delito de lesiones? ¿Dónde está la frontera?*

El tratamiento médico-quirúrgico, llevado a cabo conforme a un *cumplimiento exhaustivo de la lex artis*, con ánimo de curar, y contando con el *consentimiento del paciente*, que *previamente* ha sido *informado* en todos los detalles, nunca dará lugar a un delito de lesiones aunque el resultado fuera negativo. Luego, y en consecuencia, si faltara dicho consentimiento estaremos ante un comportamiento típico de lesiones si el resultado es negativo. Pero como el ánimo es de curar y no de lesionar, se excluye el dolo, luego iríamos al delito culposo de lesiones. Tipo

¹ SSTS 23 de febrero y 30 de abril de 1998: “Uno de los actos médicos que merecen la condición de tratamiento quirúrgico... es la sutura o costura de los tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de la herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada, en lo posible, tal y como estaba antes de la lesión”.

imprudente que aplicaríamos si, habiendo consentimiento, se produce sin embargo un resultado negativo como consecuencia de una falta de adecuación a la *lex artis* de la técnica médica.

4. Lesiones en el deporte

La pregunta aquí sería: *¿cuándo terminan las lesiones inherentes a la práctica deportiva y comienzan las lesiones como delito?*

Para su respuesta hay una variedad de criterios a los que es posible atender, según las circunstancias del caso concreto, como el actuar en cumplimiento de un oficio o derecho, siempre que se estén respetando las reglas del juego, el consentimiento, la adecuación social, el riesgo permitido, etc.

Es decir, deberá tenerse en cuenta, además de la *adecuación social de los deportes* —no parecería muy adecuado a nuestros tiempos la práctica romana del deporte “echemos a los cristianos a los leones”—, si la conducta lesiva se ha atendido a las *normas reglamentarias deportivas* —no es lo mismo una patada en una rodilla con rotura del menisco en una entrada de fútbol, que en un campeonato de ajedrez en el que Kabreokov se levanta y lesiona a Almakandidov, rompiéndole el menisco—

Por otra parte, el *consentimiento* de los que intervienen en el deporte *no* es un consentimiento *a la lesión*, sino un consentimiento *al* riesgo de que la lesión se produzca —si intervengo en campeonato de golf puedo aceptar el riesgo de que se me disloque una muñeca, lo que es diferente a consentir que venga alguien y me la disloque—, lo que no choca con el texto del art. 155. Y es que la eficacia de tal consentimiento dependerá, incluso, de las circunstancias concretas de cada caso, del tipo de deporte, del ámbito de la actividad consentida, etc. Luego, aquí más que nunca serán las circunstancias del caso las que impondrán el criterio útil.

2º.- ELEMENTOS DEL TIPO. SUJETOS Y CONDUCTA.

a) Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquiera, pero siempre —recordemos— un tercero, pues la conducta típica siempre va dirigida a “otro”. Como consecuencia, tanto las automutilaciones, como las autolesiones y las autoinutilización son atípicas, con la consiguiente impunidad de los partícipes —principio de accesoriedad de la participación y principio de unidad del título de imputación—.

Sujeto pasivo también puede ser cualquiera. Una excepción: la del delito de violencia de género (art. 153), donde tanto el sujeto activo como el pasivo deben estar unidos por los vínculos familiares y afectivos especificados en el tipo (tema 3).

b) Conducta típica

Consiste en lesionar la salud del otro “por cualquier medio o procedimiento”, lo cual permite la realización de la acción por cualquier vía —física o psíquica— (vía

nutricional, contagio sexual o nutricional, empleo de medios psicológicos, etc.). Al tratarse de un delito de resultado cabe también la comisión por omisión, siempre que concorra la posición de garante, con algunas excepciones: en los supuestos previstos en los arts. 148.1 y 2 —utilización de medios peligrosos y mediando ensañamiento o alevosía—, 153 —violencia familiar no habitual— y 154 —participación en riña—, pues el sentido del texto deja claro la necesaria comisión activa de dichos tipos, impidiéndose la equiparación entre la no evitación del resultado y su causación.

En cualquiera de los casos, es evidente, entre acción (u omisión) y el resultado debe mediar la necesaria relación de causalidad e imputación objetiva — en términos semejantes a los que se expusieron para el homicidio—; siendo necesario, como manifiesta la STS de 18 de diciembre de 1991, que “el resultado sea consecuencia natural, lógica del comportamiento del agente, sin interferencia de accidentes extraños, por intervención de terceros en el curso causal, por la malevolencia del propio perjudicado o errores notorios de tratamiento”.

3º.- TIPO SUBJETIVO; EL DOLO EN LAS LESIONES.

Tanto en el tipo básico como en los cualificados se tipifican conductas dolosas. Pero, *¿a qué dolo se hace alusión?*, no basta el dolo genérico de lesionar —es decir, que el dolo sólo se exija respecto a la acción inicial, bastando para imputar el resultado la conexión causal entre el dolo y la acción—, sino que es necesario que el dolo alcance también a la causación de un determinado resultado, aunque sea de forma eventual. De lo contrario admitiríamos la idea de que se trata de delitos cualificados por el resultado, prohibidos en base a la garantía de la culpabilidad². Y es que si se entiende que el dolo no ha de abarcar el resultado, se plantea el problema de la *preterintencionalidad* cuando se causan unas lesiones más graves que las queridas. Unas lesiones que finalmente serían imputadas a título de dolo, puesto que no podría decirse que se ha causado un resultado más grave del querido, ya que no era preciso querer ninguno. *¿Cuál sería entonces la solución para evitar esta forma de responsabilidad objetiva?*

La única solución respetuosa del principio de culpabilidad es, no hay duda, la de no imputar dolosamente lo que no se ha querido. Y eso es lo que cabe derivarse de los arts. 5, 10 y 14 del CP, según los cuales sólo puede sancionarse dolosamente lo que se ha querido o aceptado por el sujeto, e imprudentemente lo que es consecuencia del incumplimiento del deber de evitar resultados previsibles. Como consecuencia de todo ello, *¿cómo debería calificarse cuando el resultado finalmente producido se haya causado de forma imprudente?*

² La Jurisprudencia, sin embargo, ha venido considerando suficiente el dolo genérico de lesionar, respondiendo el autor en función del resultado efectivamente producido, independientemente de que hubiera sido abarcado o no por el dolo del sujeto. Así, por ejemplo, la STS de 29 de abril de 1986 literalmente decía: “las lesiones no son un delito cualificado, sino determinado por el resultado, en el que el sujeto activo debe inexcusablemente querer herir, golpear o maltratar de manera apta e idónea, *pero sin que sea preciso que su intención abarque el resultado concreto*”. Según la STS de 2 de diciembre de 1992, de su parte, “el dolo de las lesiones no requiere la representación exacta de las consecuencias de la acción en el cuerpo de la víctima, requiriéndose sólo que el resultado sea una concreción posible del peligro (conocido) contenido en la acción, cuestión que no es preciso resolver en el dolo sino en la imputación objetiva”. Y, finalmente, la STS de 4 de noviembre de 1992 asevera que “es bastante el dolo genérico o dolo de lesionar que imputa al sujeto todas las consecuencias que entran dentro de las posibilidades de la acción”.

Ej. A golpea a B porque le ha rayado el coche y quiere darle una lección, pero aparte de diversas contracturas a causa de los golpes le provoca la pérdida de visión en un ojo pues dos de sus puñetazos le fueron a la cara.

La apreciación correcta en base al principio de culpabilidad sería la de concurso ideal de delitos entre las lesiones dolosas queridas (golpear) y las efectivamente producidas por imprudencia (la pérdida de visión del ojo). Evitándose, de este modo, todo supuesto de preterintencionalidad (el dolo de las lesiones menos graves no abarcará las más graves, respecto de las cuales habrá por tanto imprudencia).

¿Y en el caso contrario en que A quería sacarle un ojo y, sin embargo, le provoca una rotura del tabique nasal? De igual manera nos encontraríamos ante un concurso ideal de delitos entre el delito más grave en grado de tentativa (art. 149) y el menos grave ¿pero doloso o imprudente? (art. 147 o art. 152.1), como delito doloso consumado, pues debe entenderse que el dolo abarcará, al menos de modo indirecto o eventual, las lesiones menos graves de las queridas (el dolo de las lesiones más graves abarcará las menos graves, luego éstas también serán dolosas).

¿Pero y si A hubiera previsto tal resultado, pues sabía de los problemas oculares de B, y a pesar de todo le golpeó en la cara? Aquí habría como mínimo dolo eventual y respondería de las correspondientes lesiones agravadas (art. 149), sin caer en problemas de preterintencionalidad pues todo supuesto de dolo que abarque el resultado (aunque sea a título eventual) es incompatible con la preterintencionalidad.

En este ámbito la jurisprudencia acoge la teoría de la probabilidad en sentido estricto (SSTS 27-09-02; 17-06-02; 29-04-02).

En definitiva, y con ánimo de resumir, es necesario que el dolo abarque también al resultado, aunque sea a título eventual, bastando con que el autor acepte que con su actuación puede provocar un menoscabo de la salud del sujeto que necesite tratamiento médico o quirúrgico o que pueda producir alguno de los resultados expresamente previstos.

4º.- FORMAS IMPERFECTAS.

Cabe la tentativa, por ejemplo, cuando A quería cortar el brazo a B y sólo le causa algunos rasguños. Esta es, en todo caso, la calificación que doctrinalmente se sostiene en caso de transmisión por contagio de los anticuerpos del SIDA cuando no se llega a desarrollar la enfermedad. *Pero, ¿qué ocurre en el caso de que A diera un veneno a B y después arrepentido le da un antídoto, evitando que B muera, pero le produce unas lesiones?*

- ¿Sería una tentativa de homicidio —o mejor asesinato pues el veneno se considera generalmente un medio alevoso—? No, pues según el art. 16.2 deja clara

la exención de responsabilidad por el homicidio en aras al desistimiento voluntario manifestado por el autor.

- *¿Podría ser entonces castigado por lesiones?* Depende, pues la posibilidad de que se apliquen lesiones en estos casos depende de la solución que se de a la siguiente pregunta: ¿el dolo de matar absorbe el dolo de lesionar o no?

Una parte de la doctrina, en base a la *teoría de la voluntad*, estima que el dolo de matar y el de lesionar son diferentes y, por tanto, si no se castiga el homicidio, no pueden castigarse tampoco las lesiones, ya que el dolo de este delito no existe. Es decir, se daría el tipo objetivo (lesión) pero faltaría el tipo subjetivo (o ánimo de lesionar), pues el único dolo existente sería el de matar y con arreglo al art. 16.2 es impune. La doctrina mayoritaria, sin embargo, y en base a la *teoría de la unidad*, entiende que el dolo de matar comprende el de lesionar, porque a fin de cuentas la muerte no es sino la expresión más grave del menoscabo físico y psíquico de una persona, y en estos casos la impunidad por el homicidio tentado no impediría castigar por lesiones consumadas, puesto que el resultado (lesión) y el dolo (comprendido en el de matar) estarían presentes.

Pero, *¿cuál es la postura acogida por nuestro CP?* Pues la verdad es que no se decanta, y únicamente se limita a establecer en el art. 16.2 que la exención de responsabilidad por el desistimiento voluntario del autor será “sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”. Un delito o falta de lesiones que existirá o no según si se sigue la teoría de la unidad o la de la voluntad.

5º.- EL TIPO BÁSICO DE LESIONES (art. 147.1).

Art. 147.1: “El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código”.

1. Conducta típica

El art. 147.1 no es sino un tipo de carácter residual, pues su contenido es aplicable en la medida en que no concurren las circunstancias de agravación del art. 148 o los específicos resultados recogidos en los art. 147.2, 149 y 150. Este tipo, en cualquier caso, no requiere únicamente una “primera asistencia facultativa”, sino también, y posteriormente, “un tratamiento médico o quirúrgico”, y no se considerará tal la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión. El tratamiento médico o quirúrgico es pues, y en definitiva, el verdadero elemento diferencial entre el delito y la falta de lesiones.

La *asistencia facultativa* es el primer contacto que el lesionado tiene con el médico, y abarca una gama extensa de situaciones que van desde la cura de un pequeño cardenal, hasta la intervención inmediata para reducir una fractura o incluso para salvar la vida de la víctima. El *tratamiento médico*, de su parte, es toda actividad realizada por un profesional de la medicina encaminada a curar a una persona o a evitar que se deteriore su salud. Y, finalmente, el *tratamiento quirúrgico* es toda actividad en la que interviene la cirugía. Esto es, cuando para restablecer la salud no es bastante la administración de medicamentos sino que es preciso intervenir sobre el sujeto con las manos (respiración asistida, boca a boca, masaje cardiovascular, etc.) o con instrumento específico”. Luego, en consecuencia, todo lo que exija una actividad curativa ulterior, o todo lo que ya desde el primer momento exige un plan terapéutico a desarrollar en el tiempo, debe estimarse como tratamiento y, por tanto, la lesión como delito.

De este modo, y como ejemplo, la prescripción de unos antibióticos para prevenir una infección no sería todavía tratamiento, pero sí lo sería la misma prescripción para tratar una infección ya detectada.

2. Cuatro faltas de lesiones en el transcurso de un año = delito de lesiones

No obstante lo anterior, tras la reforma operada en el CP por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, se ha añadido un nuevo párrafo al tipo básico de lesiones (art. 147.1), considerando también como delito de lesiones la realización de cuatro faltas de lesiones (para las cuales, recordemos, bastaría con la primera asistencia sin que precisen para su curación tratamiento médico o intervención quirúrgica) en el espacio temporal de un año.

Este nuevo párrafo habla literalmente de *“la acción descrita en el art. 617 de este Código”*, pero lo cierto es que en ese precepto se describen dos conductas: causar una lesión no definida como delito por cualquier medio o procedimiento (párrafo 1), y golpear o maltratar de obra sin causar lesión (párrafo 2). La Circular 2/2003, de 18-12, de la Fiscalía General del Estado se pronuncia al respecto de la siguiente forma:

1º. Al no hacer distinción el nuevo párrafo 2º del art. 147.1, y remitirse genéricamente a la acción descrita en el art. 617, que comprende tanto las lesiones como los malos tratos sin causar lesión, ambas conductas (falta de lesiones o falta de malos tratos de obra) tienen idéntica aptitud para completar el supuesto de hecho del delito; es decir, dos faltas de lesiones y dos de malos tratos son constitutivas de delito, como lo son tres de lesiones y una de malos tratos o viceversa.

2º. Sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la LO 11/2003, que no hayan sido todavía enjuiciados y no hayan prescrito, pueden ser tenidos en cuenta para integrar los delitos tipificados en el párrafo 2º del art. 147.1.

3. Necesaria relación de causalidad entre acción y resultado

Lógicamente, entre la acción llevada a cabo por el sujeto activo y el resultado de lesiones es necesario que se dé *una relación de causalidad*, pues si se rompe el nexo causal no habrá delito de lesiones. Para ello, y precisamente por ser el tratamiento médico o quirúrgico la frontera entre el delito y la falta, habrá que tener presente:

1º. La necesidad de que el resultado producido sea objetivamente imputable a la acción realizada. Valoración que, de igual forma, habrá de hacerse atendiendo a que el sujeto activo contara o no con la posible producción del menoscabo a la salud que objetivamente requiera el tratamiento médico.

2º. Que la necesidad del tratamiento para la sanidad de la lesión se valore objetivamente en el momento de la producción del resultado, con independencia de que posteriormente se haya llevado a cabo o no tal tratamiento. Y es que muchas veces el sometimiento o no a tratamiento depende del nivel cultural y del contexto en que se produzca la lesión, pero ello no es óbice para excluirse del concepto de lesión casos como la rotura de un dedo o la provocación de una enfermedad, en los que el sujeto prefiere tratarse a sí mismo o ponerse en manos de un curandero, ya que a nivel jurídico-penal continúan siendo lesiones que requieren tratamiento médico o quirúrgico. Actuar de otro modo, sería dejar en manos de la víctima el considerar el hecho como leve (falta) o grave (delito).

4. Formas de ejecución

Al tratarse de un delito de resultado, aunque técnicamente es posible la aplicación de la *tentativa*, en la práctica resulta difícil distinguir las lesiones consumadas de la tentativa acabada o inacabada. De igual modo es posible la aplicación de la *comisión por omisión* a aquellas personas que tienen una obligación legal o contractual de evitar un resultado y no lo hacen pudiendo hacerlo (art. 11 CP).

Así, y por poner un ejemplo, según STS de 26 de junio de 2000, se castiga por delito de omisión a la madre que no interviene para evitar los malos tratos de su marido a una hija de ambos, ya que según entiende el Alto Tribunal: “La responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes pasivos de protección y cuidado derivan no sólo de la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad... el Código civil impone a los padres el velar por los hijos menores —art. 154.1— y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso para dicho cumplimiento...”.

5. El dolo de lesionar

Se exige la intención de lesionar (*animus laedendi*). Un ánimo distinto al de matar (*animus necandi*), pero cuya diferencia a la hora de calificar los hechos no es siempre fácil. En este sentido, el TS a la hora de considerar una determinada agresión como delito de lesiones o como homicidio en grado de tentativa, y salvo en casos excepcionales en que se reconozca libremente por el acusado haber actuado con *animus necandi*, en la gran mayoría de los supuestos, la concreta intencionalidad debe deducirse del conjunto de circunstancias que han rodeado a la

perpetración del hecho. Como criterios de inferencia pueden tomarse en consideración los siguientes (entre otras, SSTS 7-11-2002; 11-11-2002):

1. La naturaleza de las relaciones existentes con anterioridad entre el autor y la víctima: amistad, enemistad, indiferencia, desconocimiento.
2. La causa para delinquir, razón o motivo que provocó de manera inmediata la agresión.
3. Las circunstancias en que se produce la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino también el comportamiento de todos los intervinientes, el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia —y en su caso seriedad, gravedad y reiteración— de los actos provocativos, palabras insultantes, amenazas.
4. Las manifestaciones del agresor, y de manera muy especial, las palabras que acompañan a la agresión, que como se dice en la STS de 15-1-90 “constituyen a veces una confesión espontánea del alcance de la intención lesiva”, así como su actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito.
5. La personalidad del agresor y agredido.
6. Como datos de especial relevancia, pero no de apreciación exclusiva, el arma empleada, la zona del cuerpo afectada y la gravedad de la lesión ocasionada.

6º.- TIPO ATENUADO DE LESIONES (art. 147.2).

Art. 147.2: “No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido”.

Las dificultades interpretativas que ofrece el criterio establecido en el art. 147.1, para diferenciar entre el delito y la falta de lesiones, son tan obvias que el propio legislador ofrece en el apartado 2 de ese mismo art. 147 una posibilidad atenuatoria que permite rebajar la pena. Una tercera vía a la que puede recurrir el juez en caso de duda de la calificación médica o de la importancia objetiva de la lesión. Para ello se requiere que el hecho descrito en el 147.1 sea de menor gravedad atendiendo:

- Al resultado producido: lesiones que necesitan una asistencia y tratamiento médico pero que no afecten de manera significativa a la salud.

- Los medios empleados: medios no tan graves como para producir la lesión que se causó.

Según la jurisprudencia dominante, los dos requisitos deben concurrir cumulativamente (SSTS 7-07-03; 10-09-01; 25-03-00; 14-03-00).

7º.- LESIONES AGRAVADAS (arts. 148, 149 y 150).

En los arts. 148 a 150 se recogen diversos supuestos agravados de lesiones, fundamentados en el mayor desvalor de la acción lesiva (por la gravedad del medio, los métodos y formas de ejecución empleados o la especial cualidad de la víctima) o en el mayor desvalor del resultado lesivo producido (amputaciones de miembros, pérdidas de sentidos, etc.).

1. Por el mayor desvalor de la acción (art. 148)

Art. 148: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mejor que estuviere o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.

5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Antes de analizar uno a uno los diferentes supuestos, conviene aclarar que no basta con que concurran alguna de estas cualificaciones para que aumente automáticamente la pena del tipo básico, pues como el propio precepto determina sólo se hará *atendiendo el resultado causado o riesgo producido*”. Además el precepto no es imperativo sino que otorga al Tribunal la potestad de valorar tales circunstancias como posibles determinantes de una mayor gravedad de la lesión del tipo básico; y en tal recoge la expresión de “podrán ser castigadas”. Esto es, nos encontraríamos ante el caso inverso de la preterintencionalidad, porque aquí lo que se valora es que la lesión es menor a la que podía haberse provocado.

Estas cualificaciones, en todo caso, únicamente se refieren a las lesiones del art. 147.1; luego si concurren en la falta del 617.1 —salvo, lógicamente, que por su acumulación en el plazo de un año se considera delito según el art. 147.2— o en las cualificaciones por la mayor gravedad del resultado (arts. 149 y 150), funcionará en su caso como agravantes genéricas (art. 22.5 para el ensañamiento, art. 22.4 para la alevosía y art. 22.2 para el abuso de superioridad).

a) Uso de armas u otros medios peligrosos (art. 148.1º)

Estamos ante un claro delito de peligro concreto, cuyo fundamento radica no tanto en la calidad de los medios utilizados como en el uso concreto que se hace de los mismos, es decir, en el concreto peligro manifestado en la conducta lesiva. Se desvalora, por tanto, la peligrosidad concreta del medio, porque si nos limitásemos a observar la peligrosidad objetiva del mismo, prácticamente todos los supuestos lesivos se resolverían conforme a este art. 148.1º, dejándose vacío de contenido el tipo básico del 147.1, que de este modo quedaría como mucho limitado a las lesiones producidas sin otro auxilio que las manos o la fuerza física del agresor. La peligrosidad del medio debe ser conocida por el autor.

b) Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía (art. 148.2º)

En lo que al *ensañamiento* se refiere, según STS de 26 de febrero de 1992, la perversidad es la razón de ser de dicha agravante en tanto que deliberada e inhumanamente se prolongan los sufrimientos de la víctima, martirizándola, atormentándola de manera innecesaria. Si el hecho se produjere por las personas citadas en el art. 174 (autoridad o funcionario público) en relación con las circunstancias en el previstas —tortura—, será este art. 174 el aplicado como ley especial. Por lo demás la presencia de esta cualificación, lógicamente, excluye la aplicación de la agravante genérica del art. 22.5.

En cuanto a la *alevosía*, es de destacar su “sospechosa” inclusión mediante la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Lo único que, ciertamente, parece es que se han aprovechado las circunstancias para hacer una modificación que poco o nada tiene que ver con el tema que a dicha ley supuestamente, y en exclusiva, le ocupaba: la violencia de género. Un nuevo ejemplo de que cualquier excusa es buena para reformar el código penal aumentando su represión.

c) Por ser la víctima menor de 12 años o incapaz (148.3º)

Como ya se ha advertido, no basta con corroborar la edad o situación de incapacidad de la víctima, sino que también es preciso que este hecho genere una mayor peligrosidad de la acción o mayor indefensión de la víctima. El fundamento de la agravación es parecido al del abuso de superioridad (art. 22.2): se presume que tales condiciones hacen que la conducta afecte a la salud más gravemente de lo que haría en otros sujetos, pues está más indefenso, es más vulnerable —por no hablar de las consecuencias psíquicas sobre ellos—, o aumenta el riesgo de que esa superior transcendencia se produzca.

El dolo, obviamente, debe abarcar también el conocimiento de la edad o incapacidad de la víctima. El error sobre este elemento típico, sea invencible o vencible, impediría la aplicación del tipo, pues como en los otros dos supuestos, no se contempla su comisión imprudente *¿Quedaría entonces la conducta impune?* Pues claro que no, simplemente tendríamos que quedarnos con el tipo básico o, en su caso, con los supuestos agravados en atención del resultado.

d) Nuevos supuestos introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (art. 148.4º y 5º)

En relación con la problemática de la violencia de género, la LO 1/2004 añade dos nuevos apartados 4º y 5º al art. 148, buscando agravar las lesiones en atención a la calidad de la víctima.

De este modo, si la violencia, habitual o no, deriva en un resultado lesivo, ya no es necesario que este sea grave para acudir a las formas agravadas de los arts. 149 y 150, sino que directamente, por realizarse sobre algunas de las personas mencionadas en el art. 173.2, se aplicará la modalidad agravada del art. 148. Y decimos “sobre algunas”, pues el art. 148 se limita a agravar las lesiones sólo

cuando se produzcan sobre “la esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia” (art. 148.4º) o sobre “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (art. 148.5º).

De nuevo, un tratamiento diferencial entre sujetos pasivos que no responde a lógica alguna, salvo que en esa fórmula abierta de “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” demos cabida a todos las personas protegidas en el art. 173.2. En cualquier caso, conviene recordar que la cualificación de los sujetos pasivos no conlleva la aplicación automática de la agravación prevista en los apartados 4 y 5 del art. 148 CP, el cual sigue siendo de aplicación potestativa (STS 730/2003, de 19 de mayo), por lo que hay que tener en consideración para su aplicación la entidad del resultado causado o riesgo producido, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere la automática subsunción en el art. 148 CP³.

2. Por el mayor desvalor del resultado (arts. 149 y 150)

Aunque el resultado en el delito de lesiones es siempre un menoscabo de la integridad corporal o de la salud, la mayor o menor gravedad de este menoscabo puede determinar también una mayor gravedad de la pena, en la medida que, lógicamente, esta mayor gravedad objetiva de la lesión sea también abarcada por el dolo (o, nuevamente, nos situaríamos ante el problema de la preterintencionalidad). Al respecto, los arts. 149 y 150 establecen una serie de cualificaciones en función de la mayor o menor gravedad de los resultados que produzca la lesión. En ambos, que duda cabe, se da por sentada la necesidad del tratamiento médico o quirúrgico a que hace alusión el tipo básico del art. 147.1. Finalmente, la referencia a “por cualquier medio o procedimiento” hace admisibles tanto los medios psíquicos y morales como la comisión por omisión.

a) Cualificación del art. 149 CP

- Pérdida o inutilidad de un órgano principal, sentido, impotencia, esterilidad, grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica (art. 149.1)

Art. 149. 1: “El que causare a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a doce años”.

Los resultados mencionados en este artículo consisten en graves menoscabos a la integridad física o a la salud de una persona, algunos de ellos de extrema gravedad e irreversibles, como es la pérdida de un órgano o miembro principal, de un sentido, etc., o difícilmente corregibles, como una grave deformidad o una grave enfermedad (por ejemplo la transmisión del SIDA), de ahí la especial relevancia de la pena.

³ Circular nº 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, *relativa a los criterios de aplicación de la LO 1/2004*, p. 32.

En lo que se refiere a los términos empleados, por *pérdida*, se entiende la amputación o mutilación de un órgano o miembro del cuerpo. *Inutilizar* es anular funcionalmente un órgano o miembro. Una inutilidad que ha de ser total, porque sólo ésa es equiparable a la “pérdida”. *Órgano* es la parte del cuerpo que desempeña una función fisiológica; y *miembro* es toda parte del cuerpo dotada de funciones propias y no sólo las extremidades unidas al tronco. Mientras el órgano va referido más bien a las partes internas de nuestra anatomía, por miembro cabe entenderse las partes externas, visibles, del cuerpo humano.

Las STS consideran al ojo como órgano principal y la inutilidad no debe entenderse en términos absolutos, bastando con un menoscabo sustancial. En consecuencia, una pérdida del 20% de la capacidad funcional del ojo implica un menoscabo muy sustancial que conlleva la aplicación del art. 149. El porcentaje de pérdida funcional necesario para devenir inutilidad depende de cada órgano o miembro principal (SSTS 8-03-02; 3-10-01; 17-05-00). En los casos de especial constitución física de la víctima, la calificación de la conducta del autor dependerá del grado de conocimiento que el autor tenga de aquélla (ATS 14-02-01).

En lo que a la *diferenciación entre miembro principal y no principal* se refiere, la situación es ciertamente compleja. Para comenzar, todos los órganos son principales (pues todos desempeñan alguna función). Además, al tratarse de un concepto objetivo, no se puede condicionar a las circunstancias personales del sujeto pasivo, pues un dedo puede ser un miembro principal para un violinista y no para un trabajador intelectual. Hay que acudir, sin lugar a dudas, a criterios valorativos e intersubjetivos, revisables a tenor de las circunstancias históricas y culturales.

Ej. la distinta valoración dada al himen a lo largo de la historia, (no considerado miembro principal hasta la SSTS de 28 de marzo de 1975 y 27 de junio de 1975) o al clítoris (cuya ablación sigue siendo una práctica ritual en muchos países africanos).

Luego la consideración como más o menos principal de uno u otro órgano dependerá de las creencias y valores dominantes en cada sociedad concreta, pero en cualquier caso plantea problemas irresolubles en el seno de una sociedad pluralista. Sea como fuere, el concepto de *principal* ha sido fijado casuísticamente por la jurisprudencia, entendiéndose por tales los que tienen una función esencial, aunque no vital en el desarrollo del ser humano —pues si fuera vital, como el corazón, no cabría hablar de lesiones sino de muerte— (brazos, piernas, manos, pie, ojo, lengua, riñón, pulmón, etc.).

En los supuestos de órganos o miembros principales pares, la jurisprudencia distingue entre los que tienen funcionalidad propia e independiente como los ojos (SSTS 8-03-02, 3-10-01), los oídos y los pulmones, a los que aplica el art. 149; y los que no la tienen, como los testículos o los riñones, a los que aplica el art. 150 (STS 29-11-00). En sentido contrario, considerando órganos o miembros principales aquéllos que, aunque carezcan de autonomía funcional propia, su menoscabo supondría un acortamiento de la vida o una grave afectación del nivel de vida del sujeto pasivo, están Diez Ripollés y las SSTS 14-10-02; 22-5-02.

De su parte, la anterior referencia a la pérdida de la visión o del oído se ha sustituido por la *pérdida o inutilidad de un sentido*. Tal *pérdida* debe ser completa, y con indiferencia de que el sujeto padezca un debilitamiento previo, por lo que en rigor no se comprendería aquí la simple disminución de su capacidad funcional; esto

es, sólo es apreciable cuando sea total e irreparable (SAP Barcelona 10-11-00). La *inutilidad*, de su parte, hay que entenderla como la situación en la que el sujeto queda incapacitado para poder utilizar el sentido afectado. Ej. la pérdida de la lengua, perdiendo con ello el sentido del gusto. Aquí cabría criticar el que no se haya incluido como lesión agravada la afección sobre la capacidad de comunicación, esto es, la pérdida del habla, por daños, por ej., en las cuerdas vocales, si bien el TS considera privación de un órgano principal: el aparato fonológico.

La *impotencia* es la incapacidad para realizar el coito (STS 29-11-00, la pérdida de los dos testículos da lugar a la impotencia, pero no la de uno sólo). La *esterilización* consiste en la operación de abolir la capacidad de engendrar en el hombre o en la mujer, pero sin extirpar sus órganos sexuales, porque si así fuese deberíamos hablar de castración que cabría catalogarse como pérdida de un miembro u órgano principal. Tanto en un caso como en el otro se requieren pérdidas permanentes aunque no sean irreversibles, pues aquí lo que se desvalora es el atentado a la salud y no el interés demográfico del Estado.

La *deformidad*, de su parte, es un concepto valorativo, estético, formulado sobre irregularidades físicas visibles que han producido una lesión, y sin tener en cuenta eventuales mejoras por posibles intervenciones quirúrgicas que no pueden imponerse a la víctima. Por deformidad, en cualquier caso, cabría entenderse toda desfiguración del cuerpo cuya visión produce un sentimiento de desagrado estético en los demás (concepto objetivo, luego no subjetivo) y puede consistir tanto en cicatrices como en pérdida de sustancia, de cabello, de piezas dentarias, etc,... De cualquier forma, no sólo debe apreciarse en la mujer, pues el hombre también tiene derecho a la belleza, y se abarca tanto la que se observa a simple vista como lo que esté en un lugar que sea preciso mostrar en alguna ocasión durante la vida de relación. Ej. Una enorme cicatriz en el pecho.

Requisitos de deformidad: a) *visibilidad*: pérdida de dientes (SSTS 13-06-01; 10-05-01), especialmente de incisivos (STS 29-04-02). Se discute si la pérdida parcial de pieza dentaria (mella) es deformidad o una simple secuela permanente no deformante (SAP Sevilla 18-02-00); cicatrices en la cara (SSTS 1-03-02; 10-05-01; 30-06-00), orejas (SSTS 22-03-01; 21-04-99), dedos (STS 8-03-01); zona abdominal (STS 15-06-01); cadera y pierna (STS 24-11-99); b) *Permanencia*: irregularidad física duradera, no se exige ni irreparabilidad de la situación antiestética por medio de cirugía u odontología estética (SSTS 27-02-96; 10-12-92) ni la imposibilidad de disimular la irregularidad física con prendas de ropa (STS 29-05-00) u otros complementos (SAP A Coruña 18-02-99).

Si la *deformidad* es *grave* se le aplicará el art. 149. Sin embargo, la relatividad de este concepto no debe desdibujar la objetividad con la que debe ser interpretado, aunque en esa objetividad deban también tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima: así, por ej., una cojera evidente es, objetivamente, una deformidad grave; una pequeña cicatriz en la cara puede ser grave en el caso de una "modelo fotográfica", y menos grave en una persona dedicada a otro tipo de actividades; puede tener importantes consecuencias psicológicas en un adolescente que no tendrá en un anciano, etc.

Por *enfermedad somática* se entiende la que afecta al cuerpo humano. Es la pérdida de salud, la alteración o desviación del estado fisiológico de alguna parte del cuerpo (el SIDA es considerado enfermedad somática por la STS 28-2-1997). Por *enfermedad psíquica*, de su lado, se entiende la que afecta a lo anímico o mental, que deberá determinarse por la psiquiatría forense. En definitiva, por enfermedad,

cabría hablarse de cualquier afección del cuerpo o de la mente que altere de manera duradera e importante el normal funcionamiento del organismo aunque no sea incurable.

- *La mutilación genital (art. 149.2)*

Art. 149.2: “El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”.

La llegada masiva de extranjeros a nuestro país, con prácticas de tipo social o religioso, como la ablación del clítoris practicada en las niñas por algunos inmigrantes africanos, llevó a incluir específicamente este supuesto en el nuevo apartado 2º al art. 149, mediante la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadano, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*⁴.

El tipo resultante es deliberadamente muy amplio, al describir la acción como causar a otro, no quedando pues reservado a la mujer como sujeto pasivo. Se habla también de “una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, una descripción generalista, pero que en todo caso quedará acotada por el verbo de la acción y su implícita finalidad, mutilar un órgano genital. La pena es la misma que la del tipo del párrafo primero, si bien el legislador introduce una penalidad adicional contemplando la sociología criminal más habitual de estos hechos (la conducta es ejercitada por los propios padres de la menor), por lo que si el sujeto pasivo es menor o incapaz el Juez podrá acordar también la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o tutela, curatela, guarda o acogimiento por un tiempo de cuatro a diez años.

Quepa, en todo caso, advertir que tipo de mutilaciones practicadas por personas pertenecientes a etnias o grupos culturales con deficiencias de integración social y asunción del bagaje cultural y valorativo de las sociedades europeas obligan a una cuidadosa valoración de la culpabilidad. La alusión de la Exposición de motivos al carácter injustificable de estas prácticas permite aclarar con toda rotundidad la inviabilidad de todo intento de fundamentar la justificación de estos comportamientos, pero no supone obstáculo alguno para plantear la culpabilidad de sus autores en los supuestos en que se constate un claro aislamiento cultural. Algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales han apuntado a la posible aplicación de las reglas del error de prohibición (art. 14.3), lo cual no debe postular si lo que hay es no tanto un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuridicidad, sino una falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma. En tal sentido, hay quienes, como TAMARIT SUMALLA, defienden en estos casos la posibilidad de un tratamiento exculpatorio o atenuatorio con base en la circunstancia eximente de alteración de la conciencia de la realidad (art. 20.3 CP).

Pero, ¿y si la mutilación se produce en su país de origen aprovechando las vacaciones?

⁴ El efecto de la reforma es relativo, pues no cabe duda que, en el marco de la versión anterior de este precepto o del siguiente, la ablación debía ser considerada, como mutilación, un supuesto de pérdida de órgano o miembro y, en alguna de las modalidades más cruentas, como la infibulación, era subsumible en la referencia típica a la impotencia.

Comprobado que esta era la práctica habitual, para evitar la persecución del delito en nuestro país, en julio de 2005 se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵. Desde entonces, estas conductas se pueden perseguir y castigar por los tribunales españoles, aun cuando se realicen fuera de España, y una vez que los responsables regresen a nuestro país. Además, cuando existen indicios racionales de que unas pretendidas vacaciones encubren esta práctica, el Juez puede prohibir la salida de España de la niña abriendo diligencias por delito de conspiración de lesiones cualificadas (art. 151).

b) Cualificación del art. 150 CP

Art. 150: “El que causare a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años”.

Este precepto es subsidiario del anterior en la medida en que si los resultados producidos son los previstos en el art. 149, éste será el aplicable (art. 8.2º) y en su defecto será el 150. En todo caso, por *órgano o miembro no principal* se debe entender el que carece de autonomía funcional, esto es, órgano o miembro no vital, ni esencial para la salud o integridad que sirve para facilitar el funcionamiento de los miembros principales (como los dedos de la mano, los de los pies, también se ha considerado como tales las falanges del dedo, dientes, lóbulos de la oreja, un testículo, el bazo, etc.). No es imprescindible que se produzca la pérdida total del miembro, bastando su pérdida parcial o su inutilidad parcial (STS 19-1-89). Y todo ello, de igual modo, perjuicio de una posible intervención reparadora extraordinaria. Así la recuperación del órgano perdido mediante trasplante o cirugía no constituye óbice alguno a la cualificación. Otra cosa sería hablar de la reimplantación del mismo miembro mutilado. Aquí no podría aplicarse el tipo cualificado, al menos como delito consumado.

Por *deformidad* debe entenderse la irregularidad física, visible y permanente. Cualquier desfiguración del cuerpo cuya visión produce sentimiento de desagrado estético en los demás. Irregularidades físicas que alteran la morfología de la cara, o en la periferia del cuerpo en zonas no generalmente exhibidas, pero que pueden descubrirse ocasionalmente, subsistencia y perduración de cicatrices afeantes del rostro, etc... La ocupación de la víctima, su desenvolvimiento social, etc., sólo podrá ser valorado a efectos de responsabilidad civil, pero no deben influir en el concepto de deformidad a efectos jurídico-penales.

Casuística: A) *Leves:* deformidades que, aunque visibles, son de escasa entidad y fácilmente reparables (SSTS 14-11-02; 2-11-02; 23-10-02; 2-10-02). B) *Especial consideración de la pérdida o rotura de pieza dentaria,* el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 19-04-02 consolidó la interpretación restrictiva del término “deformidad” que venía haciendo el TS, según la cual cuando aquella se produce con dolo directo o eventual deberá apreciarse, por lo general, deformidad leve del art. 150 (SSTS 30-04-03; 11-04-03; 9-04-03), aunque en supuestos de deformidad de menor entidad podrá no aplicarse dicho precepto, sino el tipo básico (SSTS 16-09-02; 19-06-02). La menor entidad de la lesión se deducirá a partir de tres criterios: 1) Relevancia de la afectación: no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o varias piezas dentarias (SSTS 2-01-03; 19-06-02). También deberá considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético. 2) Circunstancias de la víctima: situación anterior de las piezas afectadas. No habrá deformidad si la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir que se trate de una pieza ya deteriorada y recompuesta; 3) Posibilidad de reparación odontológica de la pieza sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (SSTS 16-09-02; 19-06-02). En la práctica totalidad

⁵ Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

de estos supuestos deberá apreciarse delito y no falta, ya que, por leve que sea la rotura dental, su reparación requerirá normalmente endodoncia (SSTS 19-06-02; 17-06-02).

8º.- LESIONES IMPRUDENTES (arts. 152 y 621).

Como sabemos, en los delitos imprudentes el punto de partida radica en la mayor o menor gravedad en la falta de diligencia mostrada con la conducta. En este sentido, nuestro CP distingue entre imprudencia grave e imprudencia leve. Pero, *¿cuándo estamos ante una imprudencia grave y una leve? ¿Dónde está la frontera?*

Para considerar una imprudencia como *grave* esta debe suponer el olvido de las precauciones, atenciones y cuidados más elementales que integran la norma de cuidado; esto es, equivale a dejar de adoptar las previsiones que exige la más rudimentaria y elemental cautela. Por el contrario, la imprudencia *leve* supone la omisión de la atención normal o debida; la omisión de la diligencia media acostumbrada en la esfera en la que se desarrolle la actividad de que se trate.

Como ejemplos en los que se tiende a afirmar la gravedad de la imprudencia, según la continua Jurisprudencia, estarían, entre otros: los errores en el uso de armas por cazadores o miembros de cuerpos armados a agentes de seguridad; la conducción bajo influencia de drogas o alcohol; la desatención de una señal de Stop; la invasión del carril contrario de la calzada sin visibilidad o ante la proximidad de una curva; o el adelantamiento peligroso.

1. Imprudencia grave (art. 152 y 621.1)

Art. 152 CP: 1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1º Con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.

2º Con la pena de prisión de uno a tres años si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3º Con la pena de prisión de seis meses a dos años si se tratare de las lesiones del artículo 150.

2. Cuando los hechos referidos a este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a tres años.

3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

Art. 621.1: “Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigadas con la pena de multa de uno a dos meses”.

La imprudencia se castiga como delito cuando es “grave”, pero con una excepción: la imprudencia grave respecto de las lesiones tipificadas en el art. 147.2 se castiga como falta (art. 621.1), con la pena de multa de uno a dos meses. Una falta que sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 621.6)

¿Cablen las lesiones por imprudencia leve del art. 147.2? El art. 621.3 no hace ninguna distinción, pues se limita a decir: “los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días”. Luego cabría apreciar dicha falta cuando las lesiones fueran las del 147.2.

2. Imprudencia leve (art. 621.3)

Art. 621.3 CP: “Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de 10 a treinta días”.

Constituirá falta por tanto, cualquier otra lesión constitutiva de delito producida por imprudencia “leve”, castigándose con la pena de diez a treinta días (art. 621.3). Una falta que sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 621.6)

9º.- PARTICIPACIÓN EN RIÑA (art. 154)

Art. 154 CP: “Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses”.

Nos situamos ante un *delito de peligro concreto* para la vida o la salud, derivado del empleo de medios o instrumentos idóneos para ocasionar ese peligro, siendo preciso que tal peligro concreto haya existido en el transcurso de la riña entre varias personas. El CP no castiga la mera participación en riña, que en sí es impune, sino sólo cuándo esta se lleva a cabo utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o la integridad física. El amenazar o sacar las armas en una riña es punible sólo como falta en el art. 620.1º. Para castigar por participación en riña, en consecuencia, es necesario que se llegue a las vías de hecho, no bastando las simples agresiones verbales, pues el tipo exige que haya *acometimiento*. No cabe, por tanto, la comisión por omisión y, de igual forma, al tratarse de una acción de acometimiento físico, resultan absorbidos por el tipo los simples golpes o malos tratos de obra del art. 617.2.

Es necesaria una pluralidad de ofensores y ofendidos (más de dos personas) y, al ser un *delito de mera actividad*, no resulta aplicable cuando se ha producido la lesión efectiva para la vida o la integridad de alguien en particular. En este caso, si el autor es conocido, respecto a éste habría que aplicar el delito de lesión correspondiente —que absorbería la participación en la riña—. Si no lo es, procedería el sobreseimiento temporal respecto a dicho delito de lesiones, manteniéndose la aplicación del art. 154 para el resto de los participantes en la riña. Cabe concurso si además de la muerte o lesión producida se generó peligro para otros participantes en la riña, pues la destrucción de la vida o el menoscabo de la integridad absorbe el peligro existente sobre el concreto titular del bien lesionado, pero no el que amenace a otras personas, por lo que, en la medida que no se haya realizado la totalidad del peligro previamente manifestado, los hechos deberán

calificarse como concurso real de delitos. De igual forma, si la situación reúne además las características típicas del delito de desórdenes públicos (art. 557), fundamentalmente la intención de atentar contra la paz pública, se impone la situación concursal (en su caso, con el delito de desórdenes públicos).

10º.- EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES (arts. 155 y 156)

El art. 155 CP dice expresamente:

“En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento, válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o incapaz”.

De tal precepto cabe derivarse una cuestión vital: *¿la salud es o no un bien jurídico disponible?* Nuestro CP no se decanta ni a favor ni en contra de la disponibilidad del bien jurídico salud, sino que se limita a reconocerle una cierta capacidad atenuatoria al consentimiento del lesionado. Luego el principio rector parece seguir siendo el de que el consentimiento del “ofendido”, aún válidamente emitido, no exime de responsabilidad criminal, sino que sólo la atenúa en uno o dos grados (art. 155 CP). Pero todo ello, que duda cabe, referido a las lesiones causadas por un tercero, pues las autolesiones se han sacado fuera de Código. Luego en todos los casos comprendidos en los arts. 147 a 154 el lesionado ha de ser “otro”, resultando atípicas las lesiones que pueda causarse el sujeto a sí mismo. En definitiva, el régimen de disponibilidad dispuesto en el CP cabe ser reducido a dos grandes puntos:

- La *atipicidad de las autolesiones*, y con ello la impunidad de la intervención en ellas de terceros —ya sean inductores ya sean cooperadores necesarios o no—.
- La *tipicidad de las lesiones causadas por tercero* —que es el que realiza la acción típica nuclear, ostentando en todo momento el dominio del hecho— con el consentimiento del lesionado, por lo que deberán responder criminalmente tanto el que las causa como quienes participan en ellas, aunque su responsabilidad se verá atenuada en los términos del art. 155 —pena inferior en uno o dos grados—.

Pero para todo esto hay una excepción (art. 156):

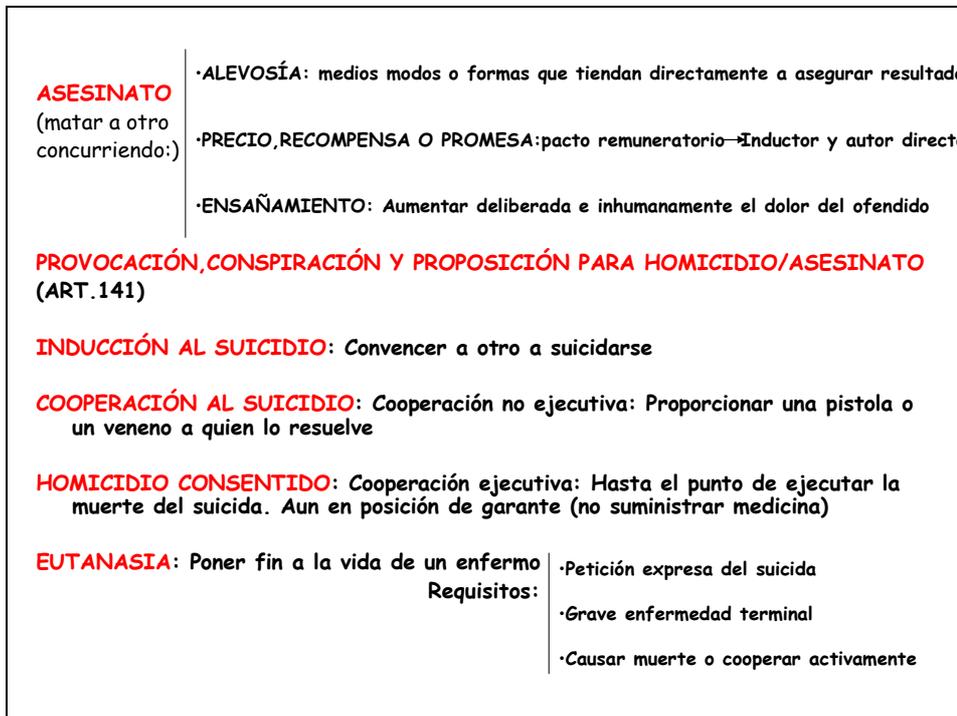
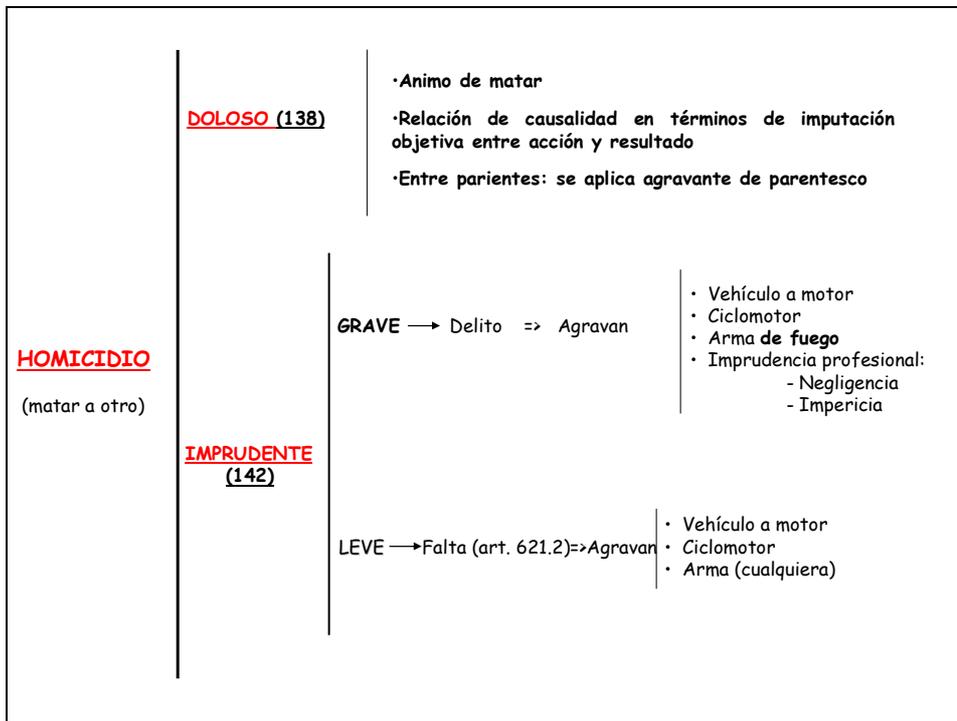
“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (atenuación de la pena), el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor

interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

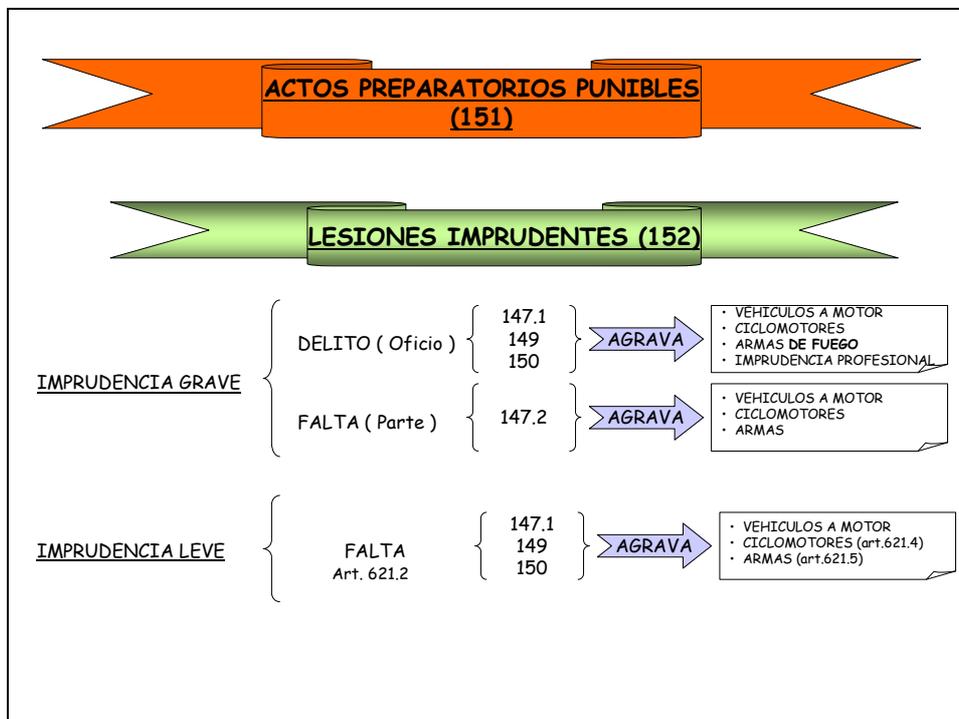
Según este precepto, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en tres supuestos: Trasplantes de órganos, Esterilizaciones y Cirugía transexual

Una expresa toma de postura respecto de unos supuestos ciertamente discutidos o discutibles. Casos en los que, a juicio de GONZÁLEZ RUS, concurren intereses cuyo fundamento se encuentra en razones de solidaridad y fomento de la salud (trasplantes de órganos) o en el libre desarrollo de la personalidad (esterilidad y cirugía transexual) y que por ello el legislador ha considerado merecedores de un tratamiento especial.

ESQUEMAS



<p>147.1 DELITO DE LESIONES DOLOSAS</p> <ul style="list-style-type: none"> • EL QUE • CUALQUIER MEDIO O PROCEDIMIENTO • LESIÓN → MENOSCABE <ul style="list-style-type: none"> - FÍSICO - PSÍQUICO • SANIDAD <ul style="list-style-type: none"> OBJETIVAMENTE → TRATAMIENTO: <ul style="list-style-type: none"> - Médico - Quirúrgico <p>4 FALTAS(en un año)= 1 DELITO</p>	<p>149 AGRAVA POR EL RESULTADO 147.1 + RESULTADO GRAVE</p> <ul style="list-style-type: none"> • ORGANO O MIEMBRO PRINCIPAL • SENTIDO (Ej. Ojo) • IMPOTENCIA • ESTERILIDAD • MUTILACION GENITAL • GRAVE DEFORMIDAD • GRAVE ENFERMEDAD
<p>148 AGRAVA POR ACCIÓN Y POR CIRCUNSTANCIAS DE LA VÍCTIMA</p> <ul style="list-style-type: none"> • MEDIOS, MODOS O FORMAS (Peligrosas para la vida humana) • ALEVOSÍA O ENSAÑAMIENTO • MENOR DE 12 AÑOS O INCAPAZ • ESPOSA O MUJER (Conviva o SIN convivencia) • PERSONA VULNERABLE (que conviva) 	<p>150 AGRAVA O CUALIFICA</p> <ul style="list-style-type: none"> • ORGANO O MIEMBRO <u>NO</u> PRINCIPAL • DEFORMIDAD <hr/> <p>147.2 ATENUA EL JUEZ DECIDE</p> <ul style="list-style-type: none"> • MEDIO • RESULTADO Ej. Romper nariz con la mano



RIÑA TUMULTARIA (154)

- MÁS DE DOS
- ACOMETIMIENTO (Insultos, empujones, etc...)
- UTILIZACIÓN MEDIOS PELIGROSOS para

{	- VIDA	}	[ALGO CON QUE GOLPEAR]
	- INTEGRIDAD		

FALTA : SACAR EN RIÑA ARMAS O INSTRUMENTOS PELIGROSOS (art. 620 1º)

LESIONES CONSENTIDAS (155 y 156)

- REGLA GENERAL → ATENUA
- EXCEPCIONES

{	<ul style="list-style-type: none"> • Transplante de Órganos • Cirugía Transexual • Esterilización 	}	→ EXIME
---	--	---	---------
- PARTICULARIDAD → ESTERILIZACION INCAPAZ

{	<ul style="list-style-type: none"> • Solicitud representante • En interés del incapaz • 2 especialistas • Informe Ministerio Fiscal • Autorización del Juez
---	--

NO VALIDO
MENOR
INCAPAZ

TEMA 2.- DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA
José Antonio Sierra Caro

SUMARIO:

1. TIPOS DELICTIVOS DE VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR
2. ESQUEMA DE DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA
3. CONCEPTOS JURÍDICOS
4. JURISPRUDENCIA PENAL
5. DILIGENCIAS POLICIALES DE INVESTIGACIÓN PARA ACREDITAR LA HABITUALIDAD DE LOS MALOS TRATOS.
6. CASOS PRÁCTICOS
7. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DE CINCUENTA SITUACIONES

1.- TIPOS DELICTIVOS DE VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR

LIBRO II:

- **TITULO III.- DE LAS LESIONES**
 - **ART. 153. DELITO DE MALOS TRATOS SIN HABITUALIDAD**
 - **ART. 148 4º y 5º. DELITO DE LESIONES AGRAVADAS**
- **TITULO VI.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD**
 - **ART. 171.4 y 5: DELITO DE AMENAZAS**
 - **ART. 172.2: DELITO DE COACCIONES**
- **TITULO VII.- DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL**
 - **ART. 173.2 y 3: DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR.**
- **TITULO XX.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**
 - **ART. 468.2: DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE PENA, MEDIDA DE SEGURIDAD O MEDIDA CAUTELAR**

LIBRO III:

- **TITULO I.- FALTAS CONTRA LAS PERSONAS (ART. 620 2º 2º PARR.)**

2.- ESQUEMA DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

	<i>MALOS TRATOS</i> Art. 153,1-a	<i>MALOS TRATOS</i> Art. 153,1-b	<i>MALOS TRATOS</i> Art. 153,2
ACCIÓN	Causar menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito, o golpear o maltratar de obra sin causarle lesión		
SUJETO ACTIVO	Varón	Cualquiera	Cualquiera
SUJETO PASIVO	Quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia	Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor	-Otras relaciones pareja -Descendientes/ascendientes -Hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente - Menores o incapaces que convivan con autor o sujetos a tutela... del cónyuge o conviviente -Otra persona amparada en el grupo familiar -Persona sometida a custodia en centros públicos o privados
AGRAVANTES Art.153.3	-Presencia de menores -Utilizando armas -Domicilio común o de la víctima -Quebrantamiento de penas (48 C.P.) o medidas cautelares o seguridad de la misma naturaleza		
ATENUANTES Art.153.4	Circunstancias personales autor y concurrentes en los hechos razonándolo el Juez o Tribunal en sentencia.		
OBSERVACIONES	Tipo agravado	*Convivencia: puede periódica, incluso régimen de visitas *Vulnerabilidad: reducción de mecanismos de defensa por edad, enfermedad o situación especial de la víctima	Tipo básico

	<i>VIOLENCIA HABITUAL</i> Art. 173,2-3
ACCIÓN	Ejercer habitualmente violencia física o psíquica
SUJETO ACTIVO	Cualquiera
SUJETO PASIVO	-Quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia - Descendientes/ascendientes - Hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente - Menores o incapaces que convivan con autor o sujetos a tutela...del cónyuge o conviviente -Otra persona amparada en el grupo familiar -Persona sometida a custodia en centros públicos o privados
AGRAVANTES	-Presencia de menores -Utilizando armas -Domicilio común o de la víctima -Quebrantamiento de penas (48 C.P.) o medidas cautelares o seguridad de la misma naturaleza
OBSERVACIONES	*Habitualidad: número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal de los mismos, ejercidos sobre la misma o diferentes víctimas de entre las señaladas, independientemente de que hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores *Sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. *No se prevén ATENUANTES

LESIONES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

	LESIONES Art. 148,4	LESIONES Art. 148, 5
ACCIÓN	El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental siempre que requiera además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (tipo básico art. 147 C.P.).	
SUJETO ACTIVO	Varón	Cualquiera
SUJETO PASIVO	Quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia	Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor
OBSERVACIONES	TIPOS CUALIFICADOS DE APLICACIÓN POTESTATIVA, en la medida que el Tribunal lo valore como determinante de una mayor gravedad en relación al art. 153.1 (STS 730/2003, 19-05).	

AMENAZAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

	AMENAZAS Art. 171. 4-a	AMENAZAS Art. 171. 4-b	AMENAZAS Art. 171. 5
ACCIÓN	Amenazar de modo leve	Amenazar de modo leve	Amenazar de modo leve con armas o instrumentos peligrosos
SUJETO ACTIVO	Varón	Cualquiera	Cualquiera
SUJETO PASIVO	Quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia	Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor	-Otras relaciones pareja - Descendientes/ascendientes -Hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente -Menores o incapaces que convivan con autor o sujetos a tutela... del cónyuge o conviviente -Otra persona amparada en el grupo familiar -Persona sometida a custodia en centros públicos o privados
AGRAVANTES	-Presencia de menores -Domicilio común o de la víctima -Quebrantamiento de penas (48 C.P.) o medidas cautelares o seguridad de la misma naturaleza		
ATENUANTES Art. 171.6	Circunstas personales autor y concurrentes en los hechos razonándolo el Juez o Tribunal en sent.		
OBSERVACIONES	*Las amenazas graves pasan al art. 169 ó 171.1,2,3 con la concurrencia si procede del art. 23 CP. *Las amenazas leves sin empleo de arma entre los sujetos del art. 173.2 constituyen falta del art. 620.2º (excepto cuando sujeto pasivo sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor).		

COACCIONES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

	COACCIONES Art. 172. 2-a	COACCIONES Art. 172. 2-b
ACCIÓN	Coaccionar de modo leve	
SUJETO ACTIVO	Varón	Cualquiera
SUJETO PASIVO	Quien sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia	Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor
AGRAVANTES	-Presencia de menores -Domicilio común o de la víctima -Quebrantamiento de penas (48 C.P.) o medidas cautelares o seguridad de la misma naturaleza	
ATENUANTES	Circunstancias personales autor y concurrentes en los hechos razonándolo el Juez o Tribunal en sentencia.	
OBSERVACIONES	Las coacciones leves a los restantes sujetos pasivos del art. 173.2 constituyen falta art. 620 2º	

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE PENA DEL ART.48, MEDIDA CAUTELAR O DE SEGURIDAD

En procesos criminales de violencia de género y de violencia doméstica, por quebrantar:

1. PRIVACIÓN DEL DERECHO A RESIDIR EN DETERMINADOS LUGARES O ACUDIR A ELLOS.
2. PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A LA VÍCTIMA, FAMILIARES O PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ.
3. PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE CON LA VÍCTIMA, FAMILIARES O PERSONAS QUE DETERMINE EL JUEZ

FALTAS EN EL ÁMBITO INTRAFAMILIAR

Artículo 620.

Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173,2 ... no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.

FALTAS CONTRA LAS PERSONAS EN EL AMBITO INTRAFAMILIAR:

- 1) AMENAZAS DE CARÁCTER LEVE ENTRE LOS SUJETOS DEL ART. 173,2 (SIN ARMA) (Excepto cuando sujeto pasivo sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor).
- 2) COACCIONES DE CARÁCTER LEVE ENTRE SUJETOS DEL ART. 173,2 (Excepto cuando sujeto pasivo sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada por relación análoga de afectividad aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor).
- 3) VEJACIONES E INJURIAS DE CARÁCTER LEVE

2.- CONCEPTOS JURÍDICOS:

SUJETOS PASIVOS:

- **VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPOSA, SEPARADA, DIVORCIADA, COMPAÑERA SENTIMENTAL, AÚN SIN CONVIVENCIA, NOVIA AÚN SIN CONVIVENCIA Y EX. TRANSEXUALES RECONOCIDOS LEGALMENTE, son sujetos pasivos de violencia de género.**
- **HOMOSEXUALES varones o mujeres: Violencia doméstica aunque no convivan**
- **ASCENDIENTES, DESCENDIENTES Y HERMANOS POR NATURALEZA, ADOPCIÓN O AFINIDAD QUE CONVIVAN: Violencia doméstica; Consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2008, de 28 de julio y STS, 2ª, 16-3-2007, requiere convivencia**
- **SUPRESIÓN DEL DERECHO CORRECCIÓN COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN PARA CORREGIR RAZONABLE Y MODERADAMENTE A LOS MENORES MEDIANTE EL “CACHETE”:** Suprimidos el art. 154. 2 y 268 C.C.
- **PERSONA ESPECIALMENTE VULNERABLE.-**
 - EQUIPARADO EN CUANTO A LA PENA APLICABLE A VIOLENCIA DE GÉNERO
 - SE APLICA CON CARÁCTER PREFERENTE CUANDO CONCURRA EL REQUISITO DE CONVIVENCIA CON EL AUTOR (ART.8.4 C.P). Es el caso de descendientes, menores o incapaces que convivan con el agresor y las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran en situación de guarda en centros públicos y privados.
 - Circular 4/2005 de la F.G.E. ha predicado la vulnerabilidad de la víctima:
 - En relación a la EDAD, pudiendo ser ésta muy escasa o elevada... siendo lo importante que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad.
 - A causa de la ENFERMEDAD que padezca , cualquiera que sea su edad.
 - Por la situación de INDEFENSIÓN en que se encuentre frente al autor: ancianos debilitados, bajo nivel de inteligencia, determinada incapacidad física, etc.
- **MENORES O INCAPACES QUE CONVIVAN CON EL AUTOR O SUJETOS A LA POTESTAD, TUTELA, CURATELA, ACOGIMIENTO O GUARDA DE HECHO DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE:** en este caso los menores o incapaces han de convivir con el agresor o, aún no conviviendo con él, hallarse sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa -la cual puede no convivir con el agresor como acabamos de decir- o conviviente -este término, por el contrario, implica que la mujer debe vivir necesariamente con el autor-.

- **PERSONA AMPARADA EN CUALQUIER OTRA RELACIÓN POR LA QUE SE ENCUENTRE INTEGRADA EN EL NÚCLEO DE SU CONVIVENCIA FAMILIAR.**
 - Empleados de hogar (asistenta, chófer, mayordomo...)
 - Otros parientes
 - Estudiantes de intercambio
- **PERSONAS QUE POR SU ESPECIAL VULNERABILIDAD SE ENCUENTRAN SOMETIDAS A CUSTODIA O GUARDA EN CENTROS PÚBLICOS O PRIVADOS**
 - Algunos penalistas la denomina VIOLENCIA ASISTENCIAL.
 - Menores en guarderías o colegios
 - Ancianos en residencias
 - Enfermos en ámbitos hospitalarios.

CONVIVENCIA: Tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente.

- Régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad
- Estancia temporal de padres ancianos en casa de los hijos

AGRAVANTES:

-CUANDO EL DELITO SE PERPETRE EN PRESENCIA DE MENORES (es suficiente uno, pero ha de estar integrado en el círculo familiar)

-UTILIZANDO ARMAS

-TENGA LUGAR EN EL DOMICILIO COMUN O EN EL DOMICILIO DE LA VICTIMA

-SE REALICE QUEBRANTANDO UNA PENA DEL ART. 48 C.P. O UNA MEDIDA CAUTELAR O DE SEGURIDAD DE LA MISMA NATURALEZA

ATENUANTES: En atención a:

- **CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL AUTOR:**
 - Personalidad no violenta
 - Agresiones mutuas...
- **CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES EN EL HECHO:**
 - Medio empleado
 - Intensidad de la acción
 - Resultado producido...

DELITO DE VIOLENCIA PSÍQUICA O FÍSICA HABITUAL

- SUJETO ACTIVO: Cualquiera: hombre o mujer.
- SUJETO PASIVOS: Descritos en el art. 173.2 C.P.

DELITO DE LESIONES EN EL ÁMBITO FAMILIAR (ART. 148 4º y 5º)

- **APLICACIÓN POTESTATIVA:** El Tribunal valora como determinante de una mayor gravedad la entidad del resultado causado o riesgo producido (STS 730/2003, de 19 de mayo)

DELITO DE AMENAZAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR:

- SI LA AMENAZA ES LEVE SE APLICA ART. 171. 4 (V.G. o a persona especialmente vulnerable) ó 5 (V.D.)
- SI LA AMENAZA ES GRAVE por principio de especialidad SE APLICA ART. 169 ó 171 con la agravante de parentesco (art. 23 C.P.)

DIFERENCIA ENTRE AMENAZAS LEVES Y GRAVES. Eminentemente circunstancial y materia de prueba. (STS 938/04, 12-7)

- Mayor o menor intensidad del mal pronosticado
- Mayor o menor seriedad y credibilidad del anuncio del mismo
- Valoración en función de la ocasión en que se profiere, personas intervinientes y actos anteriores, simultáneos y posteriores relacionados con las expresiones amenazantes.
- Valoración de si el acusado actúa en el marco de una atmósfera duradera y persistente en la que se produce una escalada imparable en su actuar agresivo y amenazante que se haya exteriorizado en lesiones y daños concretos.
- Valoración de la reiteración de actos amenazantes.

3.- JURISPRUDENCIA PENAL

- ❖ **VIOLENCIA DOMÉSTICA:** Consulta de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2008, de 28 de julio y STS, 2ª, 16-3-2007.
En el supuesto de que las conductas tipificadas en los arts. 153.2 y 173. 2 se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima; cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta.
- ❖ **EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER NO EXCLUYE LA PUNIBILIDAD A EFECTOS DEL ART. 468 CP (delito de quebrantamiento de condena)** (Acuerdo no Jurisdiccional de la Junta General de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 16-12-2008).

4.- DILIGENCIAS POLICIALES DE INVESTIGACIÓN PARA ACREDITAR LA HABITUALIDAD DE LOS MALOS TRATOS.

¿Qué diligencias de investigación ha de practicar la Policía Judicial para probar los malos tratos habituales en el ámbito familiar?

El concepto legal de **habitualidad** viene recogido en el artículo 173.3 del Código Penal, siendo interpretado en reiterada jurisprudencia, entre otras en la STS 414/2003, de 24-3, aludiéndose a cuatro características: pluralidad de actos violentos acreditados, proximidad temporal entre los mismos, sujeto pasivo único o plural, con independencia de que hayan sido objeto o no de enjuiciamiento previo.

En el delito de **malos tratos habituales en el ámbito familiar** el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, PORQUE EN EFECTO NADA DEFINE MEJOR EL

MALTRATO FAMILIAR QUE LA RELACION ASIMETRICA DE DOMINIO DE UNA PERSONA SOBRE SU PAREJA Y LOS FAMILIARES CONVIVIENTES.

Como pone de relieve el **Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las víctimas de violencia doméstica y de género**, cuya publicación se aprueba en la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, (Orden General 1539, de 4 de julio de 2005), en la investigación policial que practiquemos atenderemos primordialmente a la/s declaración/es de la/s víctima/s que aportará/n datos cruciales sobre otras agresiones físicas, psíquicas o de otra índole, las cuales trataremos de comprobar y acreditar y, en su caso, elaboraremos una diligencia de informe en la que consten los siguientes factores:

1. Los **partes de intervención policial** o de Policía Local, con fechas, horas, y motivos de riña familiar concretos, otras personas agredidas, medios utilizados...
2. La **información vecinal** periférica a los hechos denunciados, conocimiento de otros supuestos similares ocurridos con anterioridad, si en algún momento hubo de prestar ayuda a la/s víctima/s; relación con la víctima y el agresor; conceptualización pública de pareja en la sociedad, citando la fuente (no es necesaria su identificación personal).
3. Las **declaraciones de testigos oculares o de referencia**, o de otros familiares, vecinos o amigos de la pareja que aporten datos sobre la convivencia familiar, otros episodios violentos y sobre cualquier tipo de maltrato que padezcan o hayan padecido las víctimas, ya sea verbal, físico, emocional, económico o sexual.
4. La importancia de verificar **denuncias anteriores** por parte de la/s víctima/s, abandono/s de domicilio del agresor o permanencia de la víctima en el domicilio de otro familiar, de un amigo o de un centro de acogida, abstención a formular denuncia, retirada de denuncias, reanudación de la convivencia familiar o renuncia de la/s víctima/s al estatuto de protección concedido.
5. Los **partes médicos** y facultativos emitidos a nombre de la/s víctima/s en los centros sanitarios de la localidad, aunque no se haya formulado denuncia, así como **otros informes psicológicos y sociales** realizados en centros de atención a la mujer de los servicios sociales que hubiesen realizado entrevistas, exploraciones o evaluaciones en relación con la/s víctima/s y el entorno social, situación económica, tiempo de convivencia, tipos de maltrato...
6. El **informe sobre la situación y estado de menores**, hijos comunes o no, ancianos, discapacitados u otros miembros afectados e integrados en el núcleo familiar y las posibles situaciones de desamparo en que estén o hayan estado.
7. Cobra especial relieve el **reconocimiento médico** de la/s víctima/s que puede revelar la existencia de vestigios lesivos anteriores compatibles con

otros episodios violentos, el cual podrá ser documentado por la Policía Científica mediante fotografías y otros medios técnicos (vídeo, etc.), que permitan a la Autoridad Judicial una mayor inmediatez en la apreciación de los hechos, las circunstancias concurrentes y estado de salud de la/s víctima/s.

8. La **consulta al Registro Central para la Protección de Víctimas de Violencia Doméstica del Ministerio de Justicia**, comprobando órdenes de protección o resoluciones judiciales de alejamiento.
9. Los **antecedentes** del agresor que consten en las bases de datos policiales que ayuden a predecir su personalidad violenta, en especial aquellas que se refieran a violencia de género u otras circunstancias que acrediten su temperamento, adicciones o la tenencia o uso de armas en determinados hechos producidos en el ámbito familiar.
10. La comunicación con el Servicio de Intervención Central de Armas de la Guardia Civil, para comprobar **armas** y permisos o licencias de las que sea titular el detenido y en su caso acta de incautación de las mismas y remisión a ese servicio o a Balística Forense de Policía Científica si han podido estar implicadas en algún otro hecho delictivo.
11. La **evaluación policial del nivel del riesgo** (inicial) o de evolución del riesgo de violencia sobre la mujer, la asignación o estimación del nivel correspondiente y las medidas policiales de protección adoptadas, cuyo seguimiento corresponde a las UPAP,s. (Instrucción nº 10/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal, modificada por la Instrucción 14/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad y por la Instrucción 5/2008, de la Secretaría de Estado de Seguridad).

5.- SUPUESTOS PRÁCTICOS

SUPUESTO 1

Juan L. G. de 15 años estudia en un internado de la provincia de Guadalajara desde hace dos años. Sus padres, residentes en Madrid, van cada quince días a visitarlo, y como quiera que es mal estudiante cada vez que van, Juan recibe constantes reproches por parte de estos como: “ NO VALES PARA NADA, CON LO QUE NOS CUESTA EL COLEGIO, NO VAS A SER NADIE, TE MERECE UNA PALIZA... y otros similares”, acompañando estas manifestaciones con golpes en la cabeza y empujones.

CALIFICACIÓN: Los hechos son constitutivos de un DELITO DE MALOS TRATOS HABITUALES (VIOLENCIA DOMESTICA), tipificado en el artículo 173 del CP. Sujeto pasivo: Juan menor de edad y sujetos activos: sus padres.

SUPUESTO 2

Pedro I. F. de 16 años, recibe el “castigo” de sus padres de no salir el fin de semana por sus malas notas. El sábado de autos, a las 20:00 horas se disponía a irse a la calle y como quiera que la puerta estaba cerrada con llave coge de su cuarto un bate de béisbol y gritando a sus padres les dice: “COMO NO ME DEJEIS SALIR DESTROZO LA CASA”. Sus padres intentan quitarle el bate pero Pedro se resiste, en el forcejeo golpea en la cara a su madre y la empuja fuertemente golpeándose ésta también en la cabeza con una puerta, resulta herida con: “Hematoma en ojo derecho y herida en cabeza”, de carácter leve. En el domicilio también se encontraba otro hijo de 10 años de edad.

CALIFICACIÓN: Los hechos son constitutivos de: DELITO DE AMENAZAS EN EL AMBITO FAMILIAR (VIOLENCIA DOMESTICA), tipificado en el artículo 171.5 del CP. Sujeto activo Pedro menor de 16 años, sujetos pasivos: hermano de 10 años y padres. El BJP es: la libertad. Además resulta en concurso con UN DELITO DE MALOS TRATOS EN AMBITO FAMILIAR (LESION - VIOLENCIA DOMESTICA) tipificados en el artículo 153.1 , los dos delitos referidos están agravados por tener lugar en el domicilio familiar y en presencia de menores. Sujeto pasivo de las lesiones la madre.

SUPUESTO 3

Luís G. L. de 30 años, casado en Julia. M. N., en el transcurso de una discusión y dentro del domicilio conyugal, propina un fuerte puñetazo en la cara a su esposa provocando que ésta resulte lesionada, según refiere el parte médico con: “ROTURA DE TABIQUE NASAL”.

CALIFICACIÓN: El hecho es constitutivo de UN DELITO DE LESIONES (VIOLENCIA DE GENERO), tipificado en el artículo 148 del CP , en relación con el 147, agravado en su punto 4 por ser la víctima esposa. Sujeto pasivo: Julia esposa, sujeto activo: Luís, marido.

SUPUESTO 4

Alfredo P. F. de 35 años, tiene en vigor una orden judicial de alejamiento y comunicación respecto a su ex -mujer Isabel de 32 años. El pasado lunes cuando ésta salía de su domicilio, en compañía de su hijo de 3 años de edad, se acerca a ellos Alfredo el cual manifiesta: “ NO ME IMPORTA LA ORDEN, QUE SEPAS QUE TE MATARÉ SI NO ME DEJAS VER AL NIÑO”.

Los hechos referidos pueden ser constitutivos de un DELITO DE AMENAZAS (VIOLENCIA DE GENERO), tipificado en el artículo 171, punto 4 del CP, agravado por el apartado 5 (perpetrarse en presencia de menores y quebrantando medida cautelar impuesta por Autoridad).

Igualmente la acción pudiera constituir un delito de amenazas del 169 (entendiendo que la amenaza es grave, pues es amenaza de muerte y además condicional -si no me dejas ver a las niños-) en concurso real con un delito de quebrantamiento de medida cautelar, tipificado en el artículo 468 del CP. Sujeto pasivo la administración de justicia y sujeto activo Alfredo.

SUPUESTO 5

El matrimonio compuesto por Antonio D. C. y Manuela C. N. ambos de 65 años de edad residen en el domicilio familiar y de su propiedad con su hijo Julio de 35 años. Son constantes las disputas familiares por la negativa de Julio de abandonar la casa a pesar de tener trabajo y medios suficientes para vivir. Sus padres para forzar su marcha, determinan y proceden a cambiar la cerradura de la vivienda, aunque le permiten entrar para recoger sus cosas.

Los hechos son constitutivos de UN DELITO DE COACCIONES (VIOLENCIA DOMESTICA) tipificado en el artículo 172. Pudiera apreciarse la circunstancia modificativa de responsabilidad penal recogida en el artículo 23 del CP, circunstancia mixta de parentesco en este caso agravante por ser sus ascendientes los sujetos activos. Sujeto pasivo el hijo y sujetos activos los padres.

SUPUESTO 6

Diana T. L. está casada con Julio G. G. Ésta no le permite realizar el pago del impuesto sobre el vehículo familiar que poseen, argumentando que es una estafa del Alcalde y como lo pague se separa de él.

Este hecho pudiera ser constitutivo de UNA FALTA DE COACCIONES (VIOLENCIA DOMESTICA), tipificada en el artículo 620 punto 2º del CP. Sujeto activo: mujer, sujeto pasivo marido.

6.- CALIFICACIÓN JURIDICO-PENAL DE 50 SITUACIONES:

01 Amenaza leve
(sin armas) por
novia a novio.

Falta

Violencia doméstica

Art. 620.2

02

Amenaza leve
(sin armas) por
novio a novia.

Delito

Violencia de género

Art. 171.4

03

Amenaza leve
(con armas) por
novio a novia.

Delito

Violencia de género

Art. 171.4

04

Amenaza leve
(con armas) por
novia a novio.

Delito

Violencia doméstica

Art. 171.5

05	Amenaza leve con arma a hermano.	Delito	Violencia doméstica	Art. 171.5
06	Amenaza leve sin arma a cuñado.	Falta	Violencia doméstica	Art. 620.2
07	Amenaza leve con arma a primo.	Falta	Ninguno	Art. 620.1
08	Amenaza y coacción leve a la mujer de tu mejor amigo.	Falta	Ninguno	Art. 620.2
09	Coacción leve de novio a novia.	Delito	Violencia de género	Art. 172.2
10	Coacción leve de novia a novio.	Falta	Violencia doméstica	Art. 620.2
11	Insultos de novio a novia de carácter leve.	Falta	Violencia de género	Art. 620.2
12	Insultos de novia a novio de carácter leve.	Falta	Violencia doméstica	Art. 620.2
13	Insultos de novio a novia de carácter grave.	Delito	Violencia de género	Art. 173.1

-
- 14 **Insultos de novia a novio de carácter grave.**
-
- 15 **Insultos graves de novia a novia o de novio a novio.**
-
- 16 **Insulto leve a compañera de trabajo.**
-
- 17 **Insultos graves (degradante) a compañera de trabajo.**
-
- 18 **Malos tratos de obra sin lesión del marido a la mujer.**
-
- 19 **Malos tratos de obra sin lesión de la mujer al marido.**
-
- 20 **La cuidadora abofetea a un niño en la guardería.**
-
- 21 **Abofetear a tu hijo porque te tiene "hasta la coronilla".**
-

-
- 23 **Agresión, rotura de nariz, a compañera de piso (no pareja).** Delito Ninguna Art. 147
-
- 24 **Padres que golpean e insultan habitualmente a su hijo en el internado.** Delito Violencia doméstica Art. 173.2
-
- 25 **Menor que golpea a su madre con un bate por primera vez. Lesiones leves.** Delito Violencia doméstica Art. 153.2
-
- 26 **Menor que golpea a su madre por primera vez. Lesiones graves.** Delito Violencia doméstica Art. 148.1
-
- 27 **Hermano que agrede a hermano con puño y le rompe dos dientes (primera vez).** Delito Violencia doméstica Art. 147
-
- 28 **Hermano que agrede a hermano con los puños habitualmente, sin lesiones.** Delito Violencia doméstica Art. 173.2
-
- 29 **Cortar la luz al piso de tu ex mujer.** Delito Violencia de género Art. 172.1
-

-
- 30 **Cambio de cerradura en domicilio familiar para "acelerar" que tu hijo de 30 años se marche a hacer su vida.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia doméstica | Art. 172 |
|--------|---------------------|----------|
-
- 31 **Coaccionar al marido con separarse para que este no pague "el vado del garaje".**
- | | | |
|-------|---------------------|------------|
| Falta | Violencia doméstica | Art. 620.2 |
|-------|---------------------|------------|
-
- 32 **Coaccionar a tu mujer con no darle el dinero del mes sino accede a mantener relaciones sexuales.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia de género | Art. 172 |
|--------|---------------------|----------|
-
- 33 **Novio mata a novia dándole un veneno.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia de género | Art. 139 |
|--------|---------------------|----------|
-
- 34 **Novio agrede sexualmente a la novia con acceso carnal vía vaginal.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia de género | Art. 179 |
|--------|---------------------|----------|
-
- 35 **Mujer mata a su marido con veneno.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia doméstica | Art. 139 |
|--------|---------------------|----------|
-
- 36 **Novia mata a su novia de una puñalada.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia doméstica | Art. 138 |
|--------|---------------------|----------|
-

37	Novio mata a su novio de una puñalada.	Delito	Violencia doméstica	Art. 138
38	El marido intenta quemar a la mujer (2 meses en el hospital).	Delito	Violencia de género	Art. 148.1,4
39	La mujer intenta quemar al marido (2 meses en el hospital).	Delito	Violencia doméstica	Art. 148.1
41	Padre que se lleva a Egipto a su hija de 5 años y allí la hacen la ablación.	Delito	Violencia doméstica	Art. 149.2
42	Marido que cierra con llave la casa para impedir que su mujer salga.	Delito	Violencia de género	Art. 163
43	Marido insulta "guarra" a su mujer (1ª vez).	Falta	Violencia de género	Art. 620.2
44	Novio, con prohibición de comunicarse, llama por teléfono a su novia.	Delito	Violencia de género	Art. 468
45	Padres castigan sin el "Messenger" 1 mes a su hija, por llegar tarde el sábado por la noche.	Atípico	Derecho corrección	Cod. Civil

-
- 46 **Marido, con prohibición de comunicarse, se encuentra en la consulta del médico con su mujer.**
- | | | |
|---------|---------|---------|
| Atípico | Ninguno | Ninguno |
|---------|---------|---------|
-
- 47 **Marido, con prohibición de comunicarse, se encuentra al ir a votar en las elecciones, con su mujer, que es presidenta de la Mesa electoral.**
- | | | |
|---------|---------|---------|
| Atípico | Ninguno | Ninguno |
|---------|---------|---------|
-
- 48 **Padre abusa sexualmente (tocamientos) de su hija menor de 18 años.**
- | | | |
|--------|---------------------|------------|
| Delito | Violencia doméstica | Art. 181.4 |
|--------|---------------------|------------|
-
- 49 **Padre viola a su hija mayor de 18 años.**
- | | | |
|--------|---------------------|------------|
| Delito | Violencia doméstica | Art. 182.2 |
|--------|---------------------|------------|
-
- 50 **Hermano da una paliza a su hermana y le rompe el brazo, viviendo ambos en casa de los padres.**
- | | | |
|--------|---------------------|----------|
| Delito | Violencia doméstica | Art. 147 |
|--------|---------------------|----------|
-

BIBLIOGRAFÍA

-SIAPOL. ARANZADI-THOMSON.

-Acuerdos del Pleno de la Sala 2ª Tribunal Supremo años 2000-2009, página web Tribunal Supremo.

-6º Curso de Violencia de Género on line, CAE, 2007.

TEMA 3.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES.
Serafín Giraldo Pérez

SUMARIO:

- A.- AGRESIONES SEXUALES**
- B.- ABUSOS SEXUALES**
- C.- ACOSO SEXUAL**
- D.- EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL**
- E.- ESQUEMAS**

Por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se ha modificado igualmente el Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Se incorpora a este manual la reforma en esta materia, llevada a cabo en la modificación penal LO 5/2010 de fecha 22 junio.

A.-AGRESIONES SEXUALES (ARTICULOS 178 A 180).

- 1º.- TIPO BÁSICO DE AGRESIÓN SEXUAL.**
- 2º.- GRADO DE EJECUCIÓN.**
- 3º.- TIPO SUBJETIVO.**
- 4º.- VIOLACIÓN.**
- 5º.- CUALIFICACIONES COMUNES A LAS AGRESIONES SEXUALES (SUPUESTOS AGRAVADOS).**

1º.- TIPO BÁSICO DE AGRESIÓN SEXUAL.

Artículo 178: "El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años".

Tipo objetivo

Bien jurídico: Libertad e indemnidad sexual. El bien jurídico protegido en estos delitos no se reduce únicamente a la **libertad sexual**, entendida como la capacidad de admitir o rechazar contactos sexuales, la voluntad de la persona sobre el uso sexual de su cuerpo, ya que también se han de tener en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad e integridad sexual de los menores e incapaces.

Los **menores e incapaces** no tienen la capacidad de autodeterminarse sexualmente porque "*iure et de iure*" (presunción que no admite prueba en

contrario) se presume que carecen de la formación y madurez suficiente. Tales sujetos no son titulares del derecho a la libertad sexual o en la medida en que implícitamente les está vedado o al menos limitado su ejercicio.

El bien jurídico protegido en el caso de los menores e incapaces es la **indemnidad sexual**. Si acudimos a la definición de indemnidad en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos dice que equivale a “propiedad, estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio”. Luego en el caso del menor o incapaz se debe proteger su indemnidad sexual, ya que carecen de la madurez suficiente como para poder decidir disponer **libremente sobre su propia sexualidad**.

Sujetos.

Nos encontramos ante un delito común (“el que”) en el que tanto el **sujeto activo** como el **pasivo**, puede serlo cualquier persona, sea hombre o mujer. Caben las agresiones sexuales de mujer sobre mujer, mujer sobre hombre, hombre sobre hombre y hombre sobre mujer. Sólo en algunas formas agravadas, que se verán posteriormente, por razón de la condición del sujeto activo puede hablarse de un delito especial, con sujeto activo cualificado.

El sujeto pasivo ha de ser necesariamente una **persona humana viva**, pues no son punibles estas conductas sobre cadáveres ni tampoco sobre animales, toda vez que en ninguno de los dos casos se atentaría contra el bien jurídico protegido (libertad e indemnidad sexuales) de la que carecen tanto los muertos como los animales.

Los sujetos pasivos pueden ser también la persona prostituida y el cónyuge o persona con la que se mantiene análoga relación de afectividad toda vez que en los dos supuestos dichas personas tienen plena autonomía de su voluntad para disponer libremente sobre su sexualidad. Ahora bien la experiencia nos demuestra que la prueba en estos supuestos es más compleja.

Junto a la **autoría directa** es igualmente posible la **coautoría** así como la **cooperación necesaria**.

Conducta.

Lo característico de estas infracciones penales es que el atentado a la libertad sexual se lleve a cabo mediante la utilización de la **violencia** o la **intimidación**. Es suficiente con el empleo de una de las dos para que nos encontremos en presencia de la conducta descrita en el tipo.

Por **violencia** debe entenderse el uso de la **fuerza física** capaz de doblegar la resistencia de la víctima, no siendo necesario que ésta se resista hasta la extenuación o el heroísmo, ya que la resistencia no forma parte del tipo básico de

agresión sexual, pero sí es necesario un cierto grado de resistencia u oposición manifiesta, clara y explícita contra los deseos del autor. Ahora bien en los supuestos de resistencia u oposición inicial a los deseos del autor y la pasividad final de la víctima ante la inutilidad de la resistencia así como la aparición de un cierto grado de pánico hacia la reacción del agresor, no excluye que nos encontremos ante un supuesto de agresión sexual en toda regla.

Para ello, habrán de valorarse todas las circunstancias concurrentes, tanto subjetivas - edad de los sujetos activo y pasivo, constitución física de ambos, etc.-, como objetivas – lugar, momento, etc.-. La magnitud de la violencia idónea habrá de medirse con criterios cualitativos y no cuantitativos.

Ejemplos de violencia: el que pega a una mujer para poder tocarle los pechos; o la besa con movimientos pélvicos, tras pegarle para que se deje; o le sujeta con fuerza las manos al tiempo que realiza tocamientos por el cuerpo.

La **intimidación** equivale a causar o infundir miedo, al empleo de la **fuerza psicológica, moral o intimidatoria**, debiendo tener ésta una cierta gravedad y guardar alguna relación con la agresión sexual. Además ha de ser una intimidación de carácter inminente y actual (lo que lo diferencia de la amenaza en que el mal es futuro) y es necesario que como consecuencia de esa intimidación se despierte en la víctima el temor y **se doblegue la voluntad** de la misma llevando a cabo el sujeto activo la agresión sexual. La intimidación ha de ser **inmediata, seria y grave**. Puede ser **directa** (sobre la persona o bienes del sujeto pasivo) o **indirecta** (sobre la persona o bienes de personas íntimamente relacionadas con la víctima).

Ejemplo de intimidación: A (que pesa 100 kilos y mide 1,90) intimida verbalmente, de palabra, a la víctima B (que pesa 50 kilos y mide 1,50), con acabar con su vida si grita mientras le realiza tocamientos.

En ambos casos, tanto con el empleo de la violencia como de la intimidación, hay que demostrar que existe una **relación de causalidad** entre el empleo de la misma y el ataque a la libertad e indemnidad sexual.

2º.- GRADO DE EJECUCIÓN.

Si a pesar de la violencia o intimidación, el sujeto no llega al contacto corporal, habrá tentativa siempre y cuando no se haya llegado a un contacto corporal con un inequívoco dolo de atentar contra la libertad sexual de la víctima. No obstante la tentativa es admitida de forma muy excepcional por la jurisprudencia.

En el caso de que el autor pretenda tener acceso carnal, pero antes de conseguir su propósito desiste voluntariamente, la eficacia liberadora de la pena de desistimiento impide que se castigue por el tipo cualificado del artículo 179, pero sí

puede castigársele por el tipo básico de agresión sexual, siempre que no haya habido consentimiento en la fase preliminar.

Ejemplos de tentativa: arrastrar a alguien por el suelo, tapándole la boca para que no grite tumbándole en el suelo pero no llegando a consumar la agresión por la intervención de terceros ajenos que aparecen súbitamente o porque la propia víctima logra huir.

El **consentimiento** excluye la tipicidad. Ahora bien ese consentimiento ha de ser válido y no encontrarse viciado. Así no será válido el consentimiento otorgado por un menor de trece años ni se ha obtenido mediante violencia o intimidación.

3º.- TIPO SUBJETIVO

Se requiere el **dolo** (que debe abarcar la conciencia de que se atenta contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona con violencia o intimidación, y la voluntad de hacerlo), **no requiriendo otro elemento específico subjetivo más** (ánimo lascivo o lúbrico). Es atípica la comisión imprudente.

El sujeto debe querer sólo agredir sexualmente. En el caso de que su voluntad se dirija al acceso carnal o cualquiera de las otras conductas que se citan en el tipo cualificado (art. 179), habría tentativa de violación, lo que en la práctica resulta difícil de distinguir a veces: si con esos actos exteriores se pretendía el acceso carnal o sólo realizar tocamientos sexuales íntimos.

Ejemplos de conductas del tipo básico de agresión sexual del Artículo 178 son las siguientes:

Tocamientos en zonas erógenas del cuerpo y con clara significación sexual (pechos, glúteos, cara interna de los muslos, miembro viril....)

- Obligar a alguien a masturbar al sujeto activo.
- Obligar a alguien a desnudarse y meterse en la cama para efectuar tocamientos recíprocos.
- Abalanzarse sobre la víctima, introduciéndole las manos en la entrepierna y arrojándola al suelo.
- Besar en los labios agarrando con fuerza del cuello a la víctima

Siempre han de efectuarse las acciones empleando violencia o intimidación y no han de ser conductas que vengan descritas en los tipos agravados que son objeto de estudio a continuación.

4º.- VIOLACIÓN

Artículo 179: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por

alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a 12 años".

Se vuelve al *nomen iuris* de "violación", término desterrado por la anterior regulación del artículo 179.

Tipo objetivo.

- a) **Bien jurídico:** El citado para las agresiones sexuales tipo básico.
- b) **Sujetos.** Sujeto activo del delito en el acceso carnal (implica uso del pene) en principio sólo puede ser el varón. Podría ser una mujer sujeto activo de este delito en el supuesto de que obligara con violencia o intimidación a un hombre a que le realizara el acceso carnal. Sujeto pasivo en todo caso puede ser la mujer y el varón en los supuestos de violaciones por vía anal o bucal.
- c) **Conducta:** **La conducta prohibida actualmente se reduce al acceso carnal bien sea por vía vaginal, anal o bucal y a la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, todo ello cuando se efectúa con violencia o intimidación.**

➤ **Acceso carnal:** equivale a la penetración del miembro viril masculino por cualquiera de las tres cavidades corporales protegidas penalmente, vaginal, anal o bucal.

Ejemplo: A introduce con violencia o intimidación su pene en la boca (le obliga a que le realice una felación), vagina o ano de B.

➤ **Introducción de miembros corporales u objetos:** En este caso las cavidades corporales protegidas penalmente son la vagina y el ano, **NO contemplándose la vía bucal.**

Se entienden por **miembros corporales** aquellos que no tienen una finalidad exclusivamente sexual, como, por ejemplo, la lengua o los dedos. Por el contrario, son **objetos** las cosas materiales de toda índole, por lo que las posibilidades son inagotables, como palos, plátanos, vibradores, bolígrafos,...

Ejemplos: A introduce con violencia o intimidación un palo por el ano o la vagina de B; o bien A introduce uno o varios dedos, o la lengua en la vagina o el ano de B. En ambos supuestos estaremos en presencia de un delito de violación o agresión sexual agravada del artículo 179.

Por el contrario, si A con violencia o intimidación obliga a B a que se introduzca en su boca un dedo o la lengua del agresor (miembros corporales) o un plátano, palo (objetos) y le hace simular que realiza una felación, no estaríamos en presencia de un delito de violación o agresión sexual agravada y esta conducta sería castigada por el tipo básico de agresión sexual del artículo 178.

d) Grado de ejecución.

Para la consumación del delito de agresión sexual cualificada (violación), en los casos de acceso carnal y penetración bucal o anal, se han sustentado tres opiniones doctrinales:

- 1) **"Coniunctio membrorum"**: considera suficiente para la consumación la unión de los órganos sexuales masculinos y femeninos, sin ser necesaria la introducción vaginal del pene ni la eyaculación. Basta con la conjunción máxima posible que permitan las distintas características fisiológicas de los órganos sexuales del agresor y víctima. Se aplica en supuestos de desproporción entre los órganos sexuales del agresor y la víctima (ejemplo: violaciones de menores que todavía no tienen un desarrollo sexual completo, supuestos de particulares condiciones fisiológicas de agresor-víctima...).
- 2) **"Inmissio penis"**: considera necesaria para la consumación la penetración total o parcial del pene. Una cierta penetración o una penetración relevante.
- 3) **"Inmissio seminis"**: se requiere además de la penetración, la eyaculación dentro de las cavidades protegidas. No es necesario en ningún caso. Si existe penetración la agresión sexual agravada estaría consumada y si además hay eyaculación y se produjera un contagio de una enfermedad de transmisión sexual, el autor sería responsable penalmente tanto de la violación como de las lesiones.

En el supuesto de introducción de miembros corporales o de objetos, se consumará cuando se efectúa tal conducta, sea parcial o total. Si además va acompañado de un resultado lesivo, se penarán ambos hechos en concurso.

Tipo subjetivo.

Es necesario el dolo, que requiere conocimiento y voluntad por parte del agente de realizar la conducta típica, acompañado del uso de la violencia o intimidación. Es atípica la comisión imprudente.

5º.- CUALIFICACIONES COMUNES A LAS AGRESIONES SEXUALES (SUPUESTOS AGRAVADOS).

Artículo 180: "1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1ª. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Estamos en presencia de lo que se denomina un **concepto jurídico indeterminado**, es decir, que no aparece tipificado en el Código Penal una lista con

los actos de violencia o intimidación a que se refiere expresamente y serán los jueces y la jurisprudencia (las sentencias del Tribunal Supremo principalmente) los que interpreten que se entiende por **particularmente degradante o vejatorio**. Equivale a humillar, maltratar aún más si cabe a la víctima. Hechos cometidos en público, con especial crueldad y perversidad.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 5 de marzo de 1.999 "... según el relato de los hechos probados se introduce violentamente a una mujer en un coche, se la lleva, sin saber dónde ni cuánto tiempo a un descampado, la traslada a otro vehículo, donde nada más entrar el procesado le propina un golpe en la nariz y le enseña una navaja, le pone una barra antirrobo entre las piernas, manteniéndola así, pasan largas horas en las que el acusado no cesa de hablar y golpearla, mordisquearla y amenazarla y se entretiene en arrancarle los pelos del vello púbico. Tales comportamientos revelan una intimidación innecesaria y son particularmente agresivos para una mujer ya aterrorizada sobre la que se realizan actos realmente.

2ª. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Se asemeja bastante a la agravante genérica de abuso de superioridad (art. 21.2 CP) pero, por el principio de especialidad, se aplica esta agravante específica. Se agrava la pena con respecto al tipo básico porque genera un plus de indefensión en la víctima y además es más fácil la ejecución de los hechos por parte de los sujetos activos.

El precepto exige que el hecho típico sea realizado por la actuación conjunta de dos o más personas, lo que comporta la exigencia de un concierto entre los sujetos activos encaminado a la realización de actos de naturaleza sexual violentos o intimidatorios.

Se suele aplicar en los supuestos en los que hay varias penetraciones realizadas por distintos sujetos sobre la misma víctima, respondiendo uno como autor directo y los otros como cooperadores necesarios o coautores, según los casos.

3ª. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación, salvo lo dispuesto en el art 183.

Se ha de valorar cuándo la víctima es especialmente vulnerable por razón de su **edad** (por tener poca o mucha edad) determinando una importante merma de las posibilidades de defensa eficaz frente a la violencia o intimidación de la agresión sexual.

Lo mismo cabe afirmar de la **enfermedad** de la víctima, que habrá de tener la relevancia suficiente, como para provocar una importante disminución de las posibilidades de defensa o huida en que consiste la vulnerabilidad. Ejemplo: Agredir sexualmente a una persona paralítica.

Se ha dejado una cláusula abierta representada por el término "**situación**", a la que serían asimilables situaciones como, por ejemplo, relacionadas con el lugar solitario o deshabitado en donde se produce la agresión, la nocturnidad, pero

también con la situación personal (inmigrante sin “papeles”), laboral (empleada de hogar), etc.

4ª. 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.

Cabe en las relaciones de ascendencia, descendencia, entre hermanos, incluyéndose además las relaciones de parentesco por afinidad, no incluyéndose la relación de matrimonio o relación análoga de afectividad, por lo que en el caso de agresiones sexuales entre cónyuges o análogas relaciones de afectividad sería de aplicación la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP, que en estos supuestos opera agravando la pena. Por supuesto, que en el resto de supuestos (ascendientes, descendientes, hermanos) esta agravante específica absorberá a la agravante genérica de la circunstancia mixta de parentesco, que no se aplicará.

Lo realmente importante no es solamente la circunstancia objetiva de la relación de superioridad o parentesco sino que el sujeto activo se aproveche de esta situación especial que tiene respecto a la víctima y que le facilita la realización de los hechos delictivos.

5ª. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Implica que la agresión sexual incorpora un plus de peligro, posible pérdida o inutilidad de órganos o miembros principales o no principales, de un sentido, de la impotencia, de la esterilidad, o una grave deformidad, o bien una grave enfermedad somática o psíquica o una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones. Luego aquí los bienes jurídicos protegidos no se limitan únicamente a la libertad e indemnidad sexual sino también a la vida, a la salud y la integridad de las personas.

No exige el precepto que tales medios hayan puesto en concreto peligro tales bienes jurídicos, sino que los mismos sean susceptibles de producir los resultados descritos. Se configura así como delito de peligro.

Por **uso de armas u otros medios igualmente peligrosos** la jurisprudencia entiende suficiente la simple **exhibición** siempre y cuando ese uso no quede absorbido por la intimidación porque fue el medio necesario para poder intimidar a la víctima. Es decir, para aplicar esta agravante hay que ver cada caso en concreto y serán los jueces quienes valorarán si se aplica o no esta circunstancia con relación a los hechos. Lo que sí es importante es que policialmente en el atestado quede reflejado si durante la realización de los hechos se hizo o no uso de armas u otros medios igualmente peligrosos.

180.2. Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

Se trata de una hiperagravación creada al efecto, equivalente a la prevista para el tipo agravado de asesinato del artículo 140.

B.- ABUSOS SEXUALES (ARTÍCULOS 181 AL 183).

- 1º.- TIPO BÁSICO: ABUSO SEXUAL SIN CONSENTIMIENTO.**
- 2º.- ABUSO SEXUAL DE PREVALIMIENTO.**
- 3º.- TIPOS AGRAVADOS.**
- 4º.- ABUSOS SEXUALES FRAUDULENTOS.**

La característica común a todas las infracciones comprendidas en el capítulo II del título VIII, bajo la rúbrica de los abusos sexuales es la menor gravedad debido a la distinta naturaleza de los medios comisivos con respecto a las agresiones sexuales.

Consisten en realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, **sin que exista violencia o intimidación** y **sin que ésta preste su consentimiento**, o bien lo da pero se equipara a la falta del mismo, o bien existe pero viciado ya que el autor se prevale de una situación de superioridad, o porque interviene engaño.

1º.- TIPO BÁSICO: ABUSO SEXUAL SIN CONSENTIMIENTO.

Artículo 181. "1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Se describe la conducta residual de abuso sexual, caracterizada por la ausencia de consentimiento por parte de la víctima en la conducta sexual de la que es objeto, así como, también por la ausencia de violencia o intimidación, la que ha de entenderse en los términos vistos en la agresión sexual.

Sujetos. Tanto el sujeto **activo** como el **pasivo** pueden ser cualquier persona (hombre o mujer) con independencia del sexo o de su condición o de las ideas que pueda tener sobre la sexualidad.

Es requisito fundamental en este tipo penal la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo, si éste fuera tácito no sería punible tal conducta.

Conducta. La conducta típica en este artículo consiste en aquellos atentados sexuales **no consentidos, sin violencia o intimidación**, por no haber podido la víctima consentir dado el **carácter sorpresivo** del atentado sexual. Por ejemplo, cuando alguien realiza tocamiento en la zona genital de la víctima en el metro aprovechando la numerosa concurrencia de personas en ese transporte público; un

masajista o un médico que en un examen médico abusan de esa situación y aprovechan para realizar tocamientos en el paciente.

Tipo subjetivo. Es un delito doloso, no pudiéndose castigar la comisión imprudente.

Siempre se considerará abuso sexual cuando se den las circunstancias que tipifica el apartado dos de este precepto legal, así el artículo 181.2., dispone: "**A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallan privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto**".

Se trata de una presunción "*iure et de iure*" (que no admite prueba en contrario) de ausencia de consentimiento, que opera incluso en los casos en los que haya sido provocado por el menor el contacto sexual. Existe una **presunción absoluta de falta de consentimiento** en los siguientes supuestos:

1. **Privados de sentido.** Equivale a pérdida de conciencia. Ejemplo: desmayados, anestesiados, drogados, alcoholizados, hipnosis, sueño. El sujeto activo ha de conocer esta situación y **dolosamente aprovecharse** de ella. Basta con aprovecharse de la situación y no haberla provocado previamente.
2. **Trastorno mental.** Equivale a anomalías psíquicas graves (oligofrenias, retraso mental...). Exige de nuevo, por parte del sujeto activo, **conocimiento y aprovechamiento** de la situación.
3. **Los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.**

2º.- ABUSO SEXUAL DE PREVALIMIENTO.

Artículo 181.3. "La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima".

A diferencia del supuesto anterior aquí la víctima **sí presta su consentimiento, pero éste se encuentra viciado**. Para la apreciación de esta variedad de abuso sexual se requiere una doble condición:

1. El sujeto activo ha de ocupar una posición de superioridad respecto del sujeto pasivo y, además,
2. Ha de prevalerse de ella para relacionarse sexualmente con este último.

No basta, pues, la existencia de una relación de ascendencia de un sujeto sobre el otro, sino que es imprescindible el **aprovechamiento** de esa ventaja para

conseguir un consentimiento que de otro modo no se hubiera obtenido. Y ese prevalimiento no puede presumirse, ha de ser probado.

La **superioridad** ha de ser **manifiesta**, es decir, clara y suficiente para poder influir en la libertad de la víctima de cara a la prestación del consentimiento. Son relaciones o situaciones que dan superioridad o ventaja al sujeto activo, prevaleciéndose o aprovechándose de ello para conseguir sus propósitos inequívocamente sexuales. La superioridad puede provenir de una relación (maestro-alumno; encargado-empleado) o de una situación (dependencia económica de la víctima respecto al autor, dependencia familiar, situación de desamparo...).

Ejemplos: supuestos de diferencia de edad entre autor y víctima, situaciones de desamparo, incluso en relaciones de amistad, entornos ambientales y culturales.

Cualificación: Artículo 181.5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código".

Se refiere a los supuestos de víctimas especialmente vulnerables por razón de su edad, enfermedad o situación y prevalerse del parentesco.

3º.- TIPOS AGRAVADOS.

Artículo 181. "4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

5. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código".

Se recogen en este precepto penal una modalidad de abuso sexual cualificado por la acción sexual realizada - acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, etc.-, en todo coincidente con lo dispuesto en el artículo 179 para las agresiones sexuales agravadas. Lo determinante de esta agravación es que de nuevo **no hay consentimiento, ni violencia ni intimidación** y se agrava por el modo en el cual se ha realizado el ataque contra la libertad e indemnidad sexual (equivaldría a las mismas conductas castigadas en la violación del artículo 179 pero evidentemente con una pena distinta dada la entidad del ataque en uno y otro caso)

En el punto dos de este artículo se recoge de nuevo una hipercualificación basada en la condición del sujeto pasivo.

4º.- ABUSOS SEXUALES FRAUDULENTOS.

Artículo 182. "1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3º o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código".

El elemento característico de esta modalidad delictiva es el "**engaño**", el cual puede considerarse como el resultado de un proceso de seducción, en virtud del cual el ofensor hace creer algo, bien sea de palabra o de cualquier otra manera, al sujeto pasivo que lleva a éste a acceder a relacionarse sexualmente con aquél, de tal forma que si no hubiera causado un fraude en su voluntad, el contacto sexual no se hubiera producido. Es decir, el engaño ha de ser **eficaz** y que, como consecuencia del mismo, **induzca a error a la víctima**.

Tipo subjetivo.

Debe de ser una conducta dolosa en una doble vertiente:

1. Por un lado el **sujeto activo** debe conocer que su promesa es **engañosa**.
2. También, que el **sujeto pasivo** tenga entre **trece y menos de dieciséis años**; aunque, por lo que se refiere a este último extremo, bastaría con que tuviera una conocimiento aproximado de la edad efectiva del sujeto pasivo, que se representara como probable que la víctima está entre esas edades (dolo eventual).

Opera igualmente una agravación en lo referente al acceso carnal e introducción de miembros corporales y una hiperagravación cuando la víctima sea especialmente vulnerable y situación de parentesco.

Ejemplos: A promete a B, de 14 años que contraerá matrimonio con ella si mantiene relaciones sexuales a lo que accede, abandonándola tras dicha promesa de matrimonio y mantener relaciones sexuales. A cometería un delito de abuso sexual fraudulento. Aunque B ha prestado su consentimiento el mismo se encuentra viciado y no es válido porque ha sido obtenido mediante engaño.

Si en el mismo ejemplo B tuviera 18 años, la conducta de A sería atípica porque el engaño en este supuesto es irrelevante.

Si en el mismo ejemplo B tuviera 12 años, el engaño sería igualmente irrelevante penalmente, porque aunque ha habido consentimiento de B a efectos penales se presume que nunca puede prestar su consentimiento un menor de 13 años. Luego A sería responsable del tipo básico o agravado de abuso sexual en función del tipo de contacto sexual que se hubiera llevado a cabo.

CAPÍTULO II BIS. DE LOS ABUSOS Y AGRASIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS.

Artículo 183. 1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.

Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

Artículo 183 bis.- El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 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.

C.- ACOSO SEXUAL (ARTÍCULO 184).

1º.- TIPO BÁSICO.

2º.- MODALIDADES AGRAVADAS.

En el tipo legal del artículo 184 se contempla una modalidad básica y dos agravadas.

1º.- TIPO BÁSICO.

Artículo 184. "1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses."

Bien jurídico protegido. La libertad sexual.

Sujetos activo y pasivo. Hombre o mujer que tengan entre sí la relación prevista en el tipo, por lo que nos encontramos ante un delito especial. El tipo básico del acoso sexual también llamado acoso sexual horizontal, en principio está previsto para sujetos que estén situados en el mismo o similar nivel profesional (entre compañeros), siempre que el sujeto activo no se encuentre en una situación de prevalimiento, aunque cabría el acoso del subordinado como sujeto activo del delito, respecto de sus superiores.

Conducta. Delito de mera actividad que consiste en **solicitar** favores de naturaleza sexual en el ámbito indicado. Esa solicitud equivale a cualquier relación de inequívoco contenido sexual, lo que puede ir desde un beso, hasta relaciones sexuales completas, tanto para el sujeto activo como para un tercero.

La solicitud de estos favores ha de llevarse a cabo en el marco de relaciones labores, docentes o de prestación de servicios, y además dichas relaciones no han de ser esporádicas sino continuadas o habituales. Los términos **continuada o habitual** hacen pues referencia a la naturaleza de la prestación de servicios y no a la solicitud de los favores de naturaleza sexual. Puede que se consume el tipo penal con una única solicitud de este tipo.

Además, como consecuencia de esa solicitud, ha de provocarse en la víctima una situación **objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante**.

El tipo se consume pues con la **simple petición de favores de naturaleza sexual**, no siendo preciso que el sujeto activo consiga su propósito, ya que si lo logra respondería de agresión o, más probablemente, de abuso sexual.

Tipo subjetivo. El dolo requiere conocimiento y voluntad por parte del agente de realizar la conducta típica por lo que resulta atípica la comisión por imprudencia.

2º.- MODALIDADES AGRAVADAS

Artículo 184.2 "Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo."

Se castiga en el artículo 184.2 el denominado **acoso sexual de prevalimiento** o también denominado el acoso sexual vertical. El sujeto activo que solicita los favores de naturaleza sexual ha de actuar prevaliéndose de una situación de superioridad, de la que es consciente y se aprovecha. Además, también puede cometerse si se exige el anuncio de un **mal** relacionado con las **legítimas expectativas** que la víctima pueda tener en el ámbito de la indicada relación. Ejemplo: si no te acuestas conmigo te despido del trabajo.

El anuncio ha de ser de un mal, de tal forma que si lo que se anuncia a la víctima fuera un beneficio, sería atípico con respecto a este tipo agravado pudiendo llegar a configurar el tipo básico. Ejemplo: si te acuestas conmigo te subo el sueldo.

Si llegara a producirse un contacto sexual podríamos encontrarnos en presencia de un delito de abuso sexual de prevalimiento.

D.-EXHIBICIONISMO Y PORNOGRAFÍA.

1º.- EXHIBICIONISMO.-

Artículo 185. "El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses".

Bien jurídico protegido. La libertad e indemnidad sexual.

Sujetos. El sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. El sujeto pasivo necesariamente ha de ser un **menor de 18 años (menores de edad) o un incapaz (artículo 25)**, sea la edad que sea en el caso de estos. Resulta **atípico** los actos de exhibición obscena ante mayores de 18 años.

Conducta. Consiste en realizar o hacer que otro realice ante menores o incapaces, actos de inequívoco contenido sexual (mostrar órganos sexuales, masturbarse llamando la atención de la víctima, mantener relaciones sexuales en presencia de menores).

Tipo subjetivo. Es un delito **doloso**.

Perseguibilidad. Es un **delito público perseguible de oficio**.

2º.-PORNOGRAFÍA.-

Artículo 186. "El que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses".

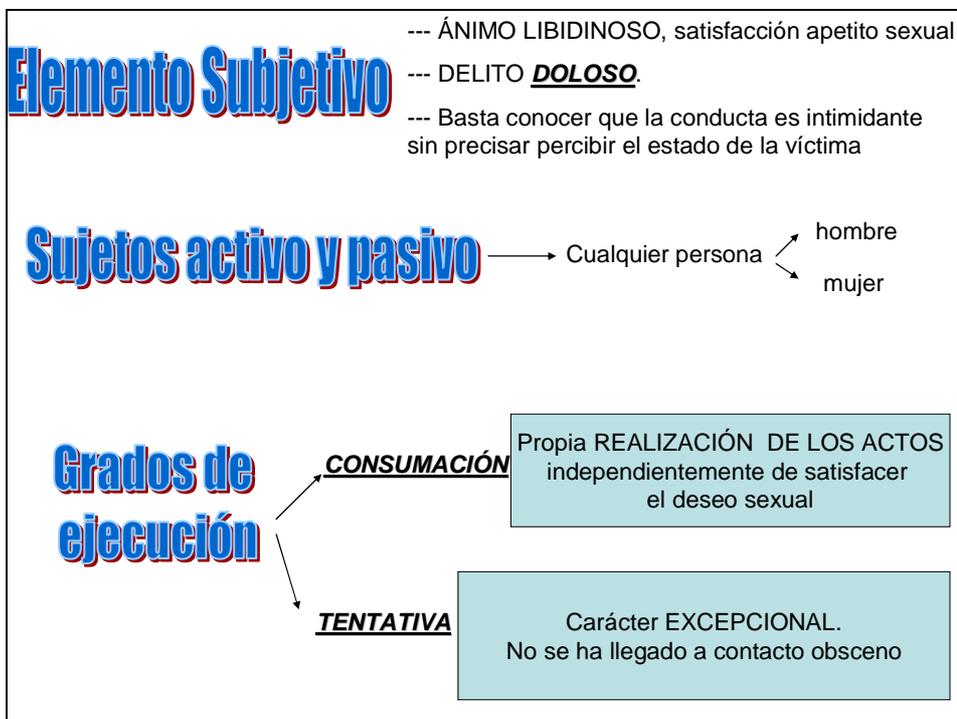
El bien jurídico protegido, y los sujetos activo y pasivo son iguales a los del delito de exhibicionismo.

Conducta. Difundir, vender, exhibir por medio **directo** (no cabría por exhibirlo en quioscos o lugares de distribución de prensa) material pornográfico entre menores de edad o incapaces. **Pornografía** equivale a toda representación gráfica o escrita de todo tipo de relaciones sexuales (no un simple desnudo) que tiene por fin provocar la lascivia o excitar la sexualidad con escenas o descripciones dirigidas exclusivamente a tal propósito. Se incluyen, por supuesto, los medios audiovisuales como el cine, la televisión, Internet.

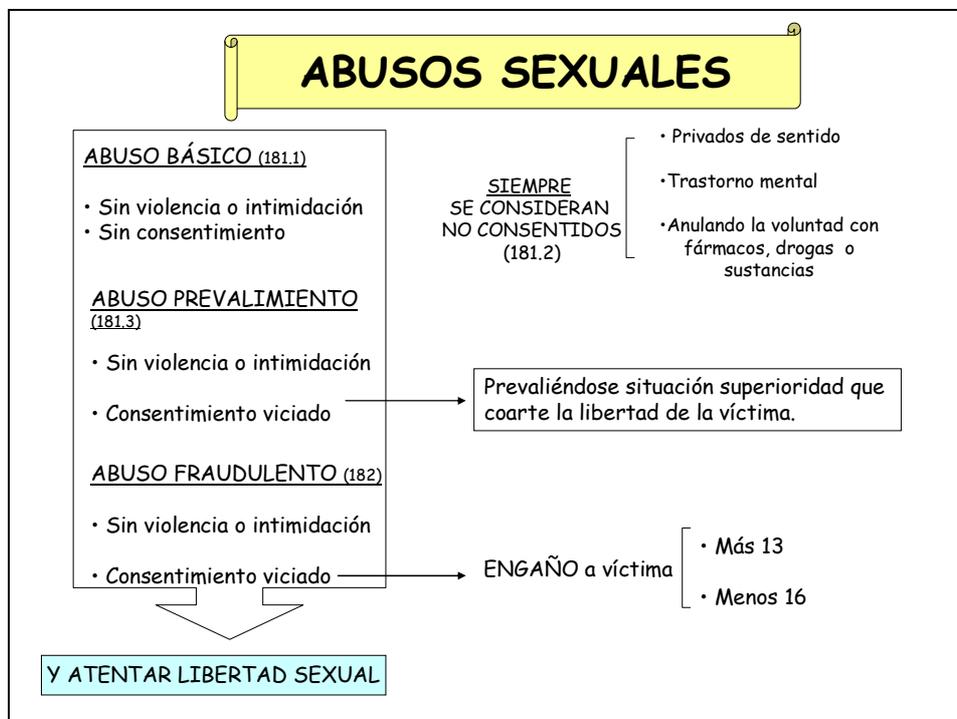
Tipo subjetivo y perseguibilidad. Nos encontramos, al igual que en el delito de exhibicionismo, ante un delito **doloso perseguible de oficio**.

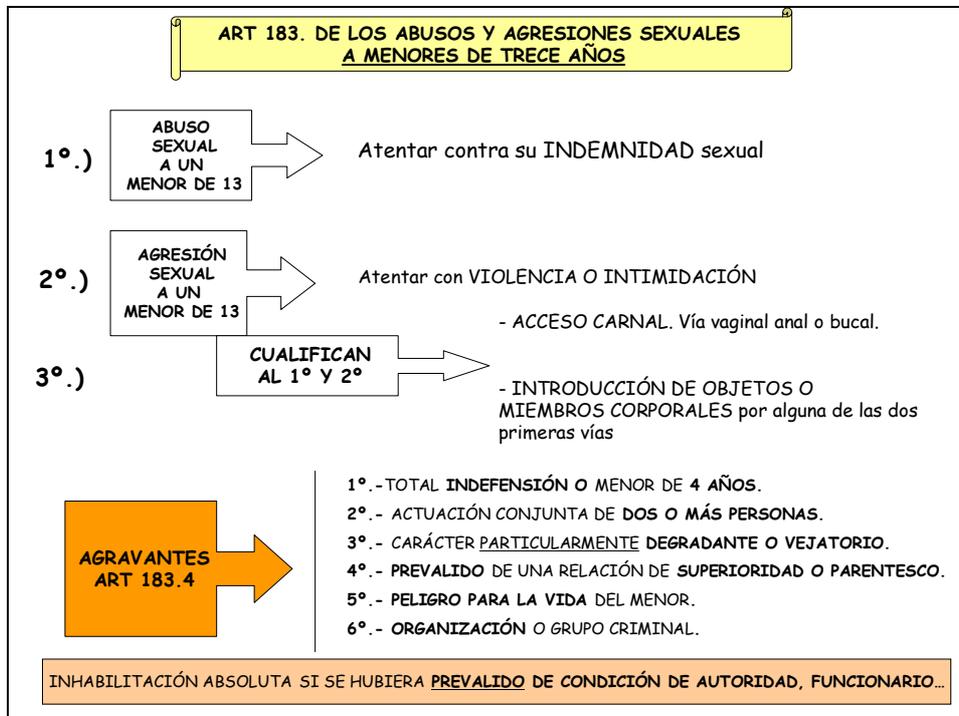
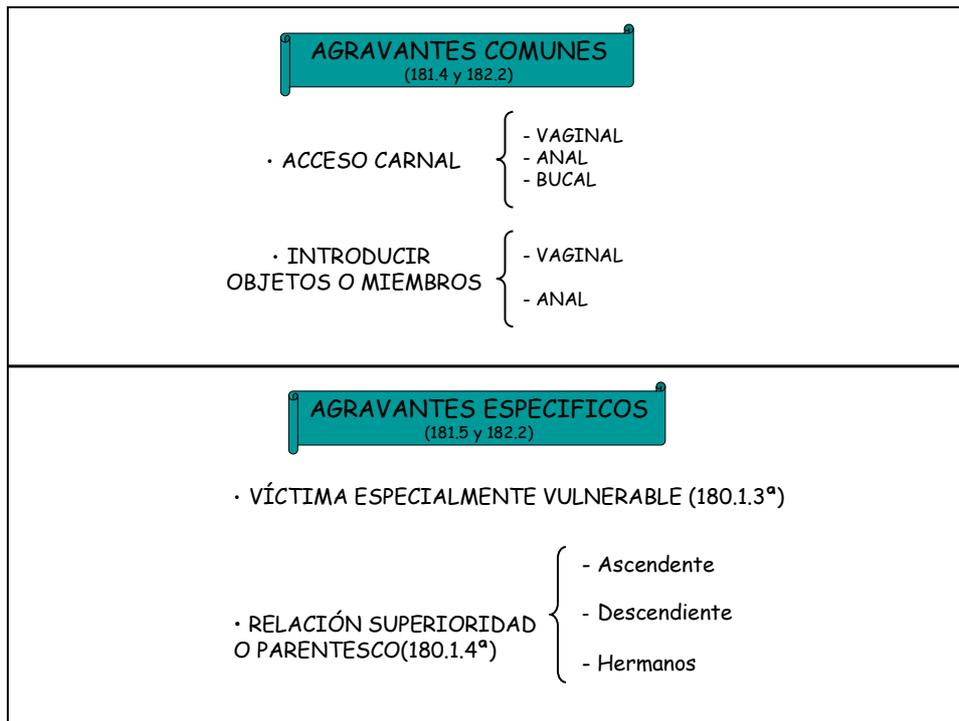
Ejemplo: proporcionar y enseñar a niños y niñas de 11 años revistas pornográficas o películas de este tipo.

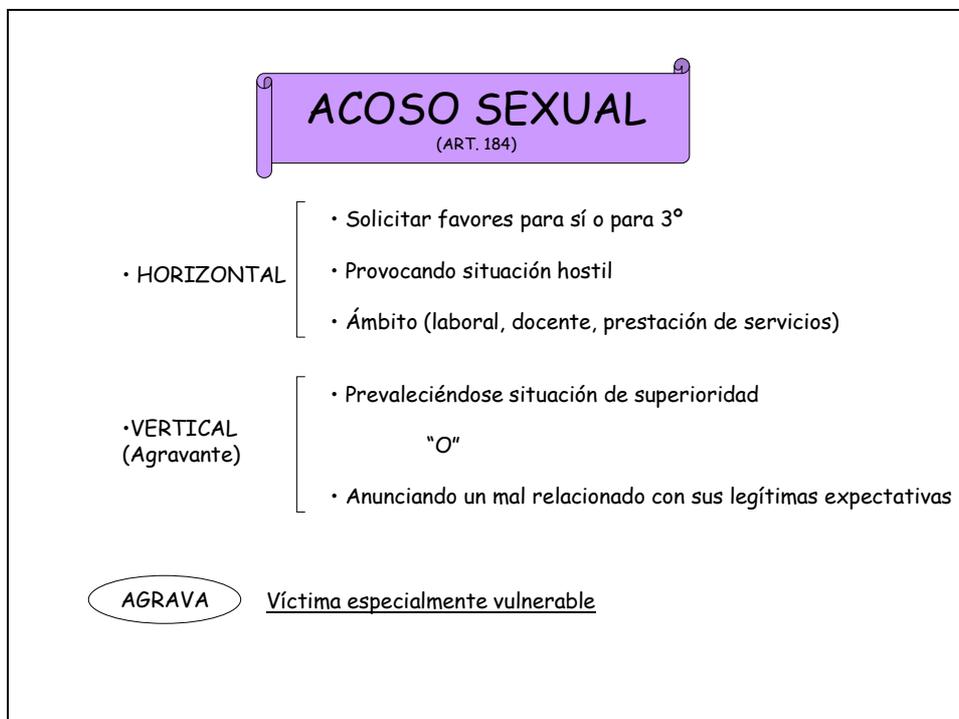
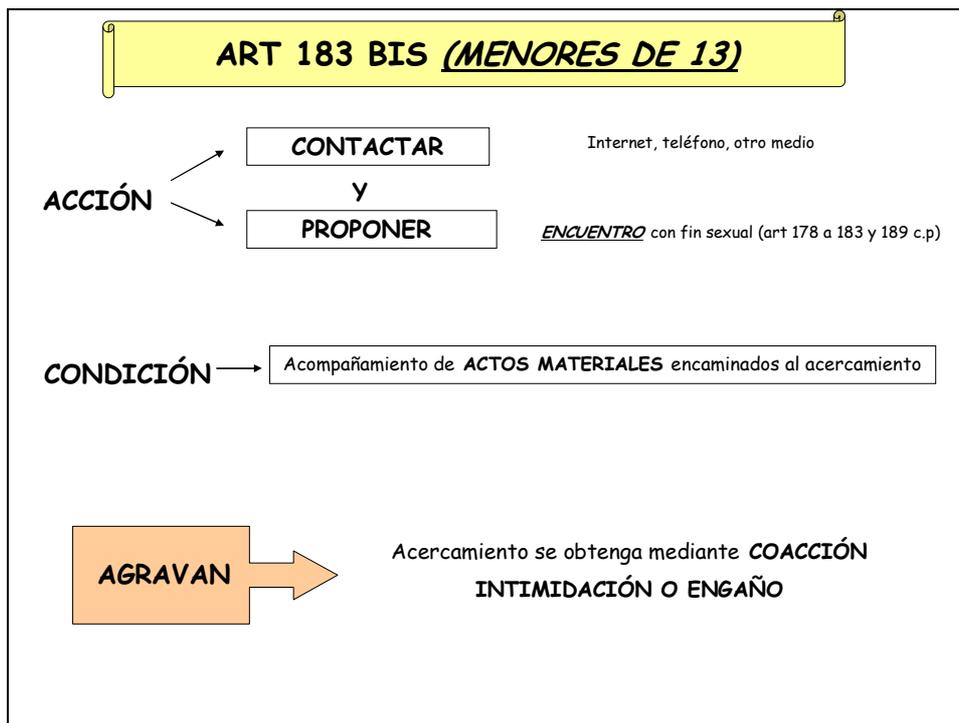
E. ESQUEMAS













TEMA 4.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y ORDEN SOCIOECONÓMICO
Javier Costa Barroso

SUMARIO:

- Análisis del delito de Hurto y diferencias con otros tipos penales.
- Exención de responsabilidad.
- Casuística policial del Hurto.
- Análisis del delito de Robo con Fuerza.
- Casuística Policial del Robo con Fuerza.
- Análisis del delito de Robo con Violencia e Intimidación.
- Casuística Policial del Robo con Violencia e Intimidación.
- Tipo cualificado y atenuado del Robo con Violencia e Intimidación y concursos con otros tipos delictivos.
- Casuística de interés policial.
- Análisis del Delito de EXTORSIÓN.
- Diferencia con otros tipos delictivos.
- Casuística Policial del delito de Extorsión.
- Análisis del Delito de Hurto de Uso y Robo de Uso.
- Problemática de la Falta de Hurto de Uso y Robo de Uso.
- Casuística y Actuación Policial.
- Concursos y otros supuestos delictivos.
- Análisis del Delitos de Daños.
- Casuística Policial del Delito de Daños.
- Falta de Daños y distinción del tipo relativo al Deslucimiento de Bienes Inmuebles con casuística.
- Análisis de los tipos agravados de Daños y Casuística.
- Diferencia entre los daños cometidos por Incendio y el Delito de Incendio con casuística.
- Análisis del Delito de Apropiación Indebida.
- Diferencias del Delito de Apropiación Indebida con otros tipos penales.
- Casuística Policial del Delito de Apropiación Indebida.
- Análisis del Delito de ESTAFA.
- Estafa Informática y Casuística.
- Diferencia con otros tipos penales.
- Casuística Policial del Delito de Estafa.
- Análisis de sus Agravantes y Casuística de éstas.

En dicho título se van a proteger un conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales distinguiéndose:

- DELITOS PATRIMONIALES DE ENRIQUECIMIENTO**, donde destaca la figura del **apoderamiento**, bien de forma material (robo, hurto, uso vehículo a motor...), bien usurpando un derecho real o cosa inmueble (usurpación) o bien a través de actos defraudatorios (estafa, apropiación indebida...).

- ❑ **DELITOS PATRIMONIALES SIN ENRIQUECIMIENTO**, donde se ha de destacar el delito de daños.

ANÁLISIS DEL DELITO DE HURTO (Capítulo I Título XIII).

Artículo 234.

“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 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.”

A) ELEMENTOS:

- **BIEN JURÍDICO:** La posesión.
- **SUJETO ACTIVO: Cualquiera;** incluso el propietario de la cosa (ART. 236 “furtum possessionis”; siendo dueño o actuando con consentimiento de éste la sustraiga de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o un tercero lo que constituye en TIPO ATENUADO)
- **COSA MUEBLE AJENA:** Ser susceptible de traslado de un patrimonio a otro (incluso los animales y elementos que puedan ser separados (estatuas...) y ser ajena; tener un dueño, propietario o poseedor; así no lo será la cosa abandonada (“res derelictae”) o las comunes (“res communes omnium”) si no excede de su parte o cuota; y evaluable en dinero.
- **CONSUMACIÓN:** Se aplica la teoría de la ILLATIO, es decir apoderamiento y traslado de la cosa con disponibilidad, aunque ésta sea potencial, momentánea o fugaz y siendo indiferente que se lucre o no con la cosa; por tanto cabe la TENTATIVA, si no ha llegado a disponer de la cosas.
- **si excede de 400 EUROS** (sino falta del 623.1).
- **SIN FUERZA EN LAS COSAS O VIOLENCIA O INTIM EN LAS PERSONAS** (hay habilidad, destreza, pericia...)
- **TIPO DOLOSO; NO CABE LA IMPRUDENCIA**
- **CONDUCTA ATÍPICA: HURTO FAMÉLICO** para no morir de hambre (estado de necesidad).
- **CABE CONSENTIMIENTO entre mayores no en menores o incapaces**(sin embargo sostienen los tribunales que respecto a los menores o incapaces habrá que estar o atender a su mayor o menor grado de discernimiento o a su mayor grado de conocimiento o madurez; así si por ejemplo un menor de 5 o 6 años da una cosa voluntariamente a un mayor de edad se entiende por los tribunales que dicho consentimiento estará viciado por esa falta de madurez y dicha conducta será castigada no como estafa, aunque medie engaño, sino como hurto; si ese menor tiene suficiente madurez, por ejemplo 14 años, perfectamente podrá consentir y por tanto si da voluntariamente algo a otra persona dicha conducta será atípica, salvo que medie engaño donde se convertirá en estafa); **SI EN EL CONSENTIMIENTO MEDIA ENGAÑO HABRÁ ESTAFA.**

- **Art. 234.2. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.**

Si en el plazo de un año realiza cuatro veces la acción del 623.1 (falta de hurto que no supere los 400) siempre que lo acumulado sea superior a esta cantidad.

Dicha conducta ha sido modificada por la última reforma del Código Penal; la aplicación de dicha conducta será de **aplicación en sede judicial no policial**, y atendiendo a los siguientes criterios seguidos por la propia fiscalía:

- a) Enjuiciamiento conjunto de las 4 acciones y solo permite la condena por delito cuando cada una de ellas sea probada de acuerdo con las garantías constitucionales.
- b) Si alguna no resultara acreditada por el Juez o no se hubiera cometido en el plazo de 1 año o la suma no excede de 400 se castigara NO COMO DELITO SINO TANTAS FALTAS RESULTEN PROBADAS.
- c) Las que excedan de 4 deberán sancionarse como faltas a no ser que entre ellas formen un bloque de otras 4 que justifique un segundo delito.
- d) Este tipo prevalecerá sobre el Delito (en este caso la comisión de varias faltas de hurto cuya cuantía total exceda de 400 euros) Continuado por razones de especialidad (Art. 8.4).

EJ: Persona que sustrae un día 200 euros, y al día siguiente 300 euros; si se aplicase el criterio del delito continuado de hurto al superar estas sustracciones el límite de 400 euros en atención a lo establecido en el artículo 74 (Pluralidad de acciones, dolo unitario o plan preconcebido de actuación e idéntica ocasión) se estaría imponiendo una pena mayor al culpable (pena en su mitad superior) que lo establecido en el propio 234.1 (delito de hurto con la comisión de cuatro faltas de hurto en el plazo de un año siempre que la suma total de éstas supere los 400 euros); por tanto la aplicación del delito continuado por parte de los tribunales suele ser por estos motivos bastante restrictiva.

- e) Habrá que tener en cuenta que las faltas prescriben a los 6 meses, por lo que si ha prescrito alguna o todas no podrá justificarse el castigo por delito; otra cosa será la prescripción del nuevo delito de hurto que empezará a correr desde que se cometió la última de las cuatro acciones que integran el tipo penal.

Artículo 235.

El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

1. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico

(Interpretación amplia aunque no reúna los requisitos formales administrativos, con independencia de su régimen jurídico o titularidad).

EJ: Los objetos sustraídos eran del siglo XVII y pertenecían al interior de una iglesia con un valor peritado, una vez recuperados, de 240.000 euros. (STS 28/2003).

2. Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.

(Interpretación llevada a cabo por los tribunales teniendo en cuenta las distintas circunstancias concurrentes como la naturaleza del servicio, posibilidad de sustitución, incidencia, destinatarios... ; se ha aplicado a las líneas telefónicas, tendido eléctrico, cables de farolas del alumbrado...).

3. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.

(Interpretación también hecha por los tribunales atendiendo a la variabilidad de la condena, economía, condición del sujeto afectado... Suele aplicarse lo tenido en cuenta para la Estafa, es decir a partir de 36.000 euros, pero en una ST del 91, por lo que se trata de algo estimatorio o valorativo.)

4. Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

(No en atención a la situación en que se encuentra la víctima o que en ella voluntariamente se haya colocado sino en vista a circunstancias personales; minoría edad, incapaces, invidentes... Esta circunstancia subsume a la agravante genérica del 22.6 (Abuso de Confianza, lealtad, fidelidad...) ya que si se aplicará ésta la pena sería inferior.

5.-Si se utilizan a menores de 14 años:

Agravante de nueva creación con la reforma del Código Penal, introducida para sancionar sobre todo a organizaciones o grupos organizados (rumanos sobre todo o personas de países del este) que utilizan a menores de 14 años (inimputables penalmente) para cometer estos hechos delictivos (autoría mediata o instrumental).

Artículo 236.

“Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros.”

- Caso del propietario de un vehículo que lo sustrae del lugar en el que había sido depositado después del embargo **(STS 955/1998, de 20 de julio)**.

- Persona que deja a un vecino una maquina para segar el césped del jardín durante una semana y al tercer día aprovechando que la valla del jardín está abierta, penetra en éste y se la sustrae de su legitima posesión. (**Falta o delito de hurto atenuado** por dicho artículo con independencia de determinar posteriormente si existió algún otro ilícito penal como el allanamiento de morada).
- Este tipo atenuado se diferencia de otro tipo delictivo, en este caso, del recogido en el artículo 455 del vigente Código Penal (**REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO**: “El que para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales...”) por la utilización o el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas.

Este es un delito pluriofensivo que ataca a la Administración de Justicia y al patrimonio del deudor atacado.

Si bien se ha apreciado dicho tipo delictivo para derechos crediticios (**ej.: una persona me debe 100 euros y no me quiere pagar, y en lugar de acudir a las vías legales y denunciar el hecho, le pego un puñetazo y le quito el móvil que tengo para cobrarme dicha deuda**) también es de aplicación a otro tipo de bienes (**ej.: si dejo a mi vecino unas tijeras de podar durante tres días y al segundo día entró en su casa forzando su puerta y sustrayendo las mismas porque me hacen falta para podar el jardín también cometería dicho tipo delictivo**).

Su diferencia con el robo con fuerza o con el robo violento estriba en el ánimo de realizar un derecho propio y en el ánimo de lucro; aquí no existe ánimo de lucro sino que el acreedor lo que hace es “tomarse la justicia por su mano”; en el momento que existiese ánimo de lucro dicho tipo penal devendría en un robo con fuerza o violento así como en el caso de que lo sustraído para “cobrarse” dicha deuda excediese de lo debido (**Ej.: me debe 100 euros que no quiere pagarme y yo entró en su casa forzando la puerta y me llevo dos televisiones de plasma que tiene y otros objetos valorados en 2000 euros**).

Distintas ST recogen este tipo delictivo destacando entre otras la STS 20-3-2002 y la 23-2-2009.

DIFERENCIA CON APROPIACIÓN INDEBIDA Y CON EL ROBO.

- En el delito de **hurto** el sujeto activo toma, sustrae la cosa, se apodera de una cosa mueble ajena que se **encuentra en poder de otra persona**; en la **apropiación indebida** (ART 252), **ya lo posee** (dinero, efectos, valores, cosa mueble o activo patrimonial) por haberlo recibido del propietario en virtud de un título que le obliga a devolverlo (COMISIÓN, DEPÓSITO O ADMINISTRACIÓN).

El tipo de apropiación indebida se analizará posteriormente de forma más sucinta.

Ej.: Pedro entrega a José, amigo de toda la vida una cantidad de 1000 euros durante dos semanas para que se lo guarde en su casa, en depósito, y una vez transcurrida dicha fecha, donde José tenía la obligación de entregárselo, éste no lo hace aduciendo que se lo ha gastado o que ya no lo tiene.

- **Respecto al robo, en el hurto prima la habilidad, la astucia o la pericia;** el robo, tipo delictivo recogido en el artículo 237 y siguientes del vigente Código Penal, el cual se analizará posteriormente, requiere que dicha sustracción se realice con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas.

Artículo 268.

1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

- Será necesario que **no implique violencia ni intimidación** en las personas respecto a los delitos patrimoniales que se causen entre sí (por tanto se admitiría el hurto y el robo con fuerza pero no en el robo con violencia o intimidación); en estos casos la **responsabilidad sería meramente civil**, y se trataría de razones de política criminal donde se trata de no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre.
- **Acuerdo no jurisdiccional del año 2005** ha asimilado los sujetos que recoge el tipo penal (cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción) a las parejas de hecho siempre que exista CONVIVENCIA entre ellos.
- Respecto a los **afines en primer grado** (es decir suegros, los cuñados serían de segundo grado) se **exige al igual que con las parejas de hecho que exista convivencia**, de lo contrario no se aplicaría dicha atenuante. Se ha discutido la aplicación de dicho artículo en algunos supuestos específicos tales como los hermanos que no tienen relación alguna o no tienen apenas convivencia (**ej.: Hermano que lleva viviendo en Australia durante 20 años y viene a España y visita a su hermano con el que no tiene apenas relación, y le sustrae 800 euros**). En estos casos, si bien pudiera entenderse que al no existir ninguna relación de convivencia, lo correcto sería la aplicación del delito o falta de hurto, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 de Diciembre de 2000 se decantó de forma mayoritaria por **NO EXIGIR LA CONVIVENCIA**

para la aplicación de dicha atenuante entre hermanos, lo que si se exige entre afines de primer grado (suegros).

- De exigir dicha convivencia para la aplicación de dicha atenuante entre hermanos, se producirían situaciones absurdas, ya que se aplicaría dicho tipo penal a los ascendientes y descendientes, a los cuales no se les exige, lo que supondría una excesiva intervención del derecho penal que no se justificaría por razones de política criminal.

CASUÍSTICA DE MAYOR INCIDENCIA EN EL ÁMBITO POLICIAL

Se pretende con dichos ejemplos realizar una distinción lo más somera posible de unos tipos delictivos (en este caso hurto) frente a otros tipos delictivos para una mayor diferenciación y una mejor aplicación policial.

- Sustracción de tarjetas de crédito por si mismo no es delito o falta de hurto porque en si mismo no reportan ningún tipo de beneficio (al igual que un talonario o talón no tiene valor económico en si mismo) si bien podrá servir de instrumento para cometer estafa (**STS 169/2000 de 14-2**) o para abrir cajeros automáticos y convertirse, ahora con la reforma del Código Penal, en estafa por manipulación informática (**art. 248.2 apartado c**); por tanto habrá de probarse por hechos externos o de forma indiciaria dicha finalidad.
- Existirá un **concurso medial entre el delito de hurto y el de falsedad**, cuando se sustrae un talonario y diversos talones en blanco; no puede ser sancionado autónomamente porque constituye un acto preparatorio para la falsificación de los mismos (1922/2000, de 15 de diciembre). También contempla un **concurso medial entre el hurto y la falsedad** la 609/2000, de 11 de abril.
- Manuel sustrae una cartera a Juan al descuido y en ese momento es observado por un policía el cual consigue atraparle, tras perseguirle por espacio de 10 minutos sin perderle de vista (**Falta o Delito de Hurto en Grado de Tentativa**) y sin que pueda tener disponibilidad potencial, momentánea o fugaz de la cosa (**STS 2180/2002 de 27-12**).
- Manuel sustrae de una obra varios cables de cobre; a las dos horas de dicha sustracción es sorprendido por la Policía cuando quemaba dicho cable para obtener el cobre (**Falta o Delito de Hurto Consumado**); o persona perseguida por la Policía tras sustraer un ordenador de una tienda valorado en 1000 euros consiguiendo éste escapar de la Policía cuando le perseguía y siendo localizado posteriormente a los 30 minutos (**Delito de Hurto Consumado** al haber existido ya una disponibilidad de la cosa, en este caso potencial o fugaz, como exige la propia jurisprudencia para distinguir la consumación de la tentativa.)
- Se declara probado que el día 26 de marzo de 2008 María Inmaculada , Gustavo , Rafael y Carlos Daniel , todos de nacionalidad rumana, mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y con ánimo de

lucro se dirigieron al centro comercial Jack&Jones sito en la calle Fuencarral de Madrid y se llevaron 20 camisetas aprovechando un descuido de los empleados, las camisetas fueron valoradas en 499 euros, siendo sorprendidos por agentes de la Policía Nacional cuando salían de dicho establecimiento portando los efectos sustraídos y en concreto traspasándolos de una bolsa forrada a otra bolsa que sujetaba la chica." (**ST 13 Mayo 2008 Juzgado de lo Penal nº25 de Madrid; Delito de Hurto en grado de Tentativa**).

- Persona que se lleva monedas del domicilio de una conocida, aprovechando la facilidad que esa relación le daba para acceder a la vivienda (**STS 644/2006 de 26-4**) comete un delito de hurto y no de apropiación indebida pues no se le había entregado nada en depósito, administración o comisión como establece el tipo penal de la apropiación indebida.
- Sustracción de un bolso de una mujer mediante el corte de las asas del mismo se consideró **hurto (STS 191/2000 de 15-2)** al primar la habilidad y la astucia y no robo con fuerza al no darse los requisitos establecidos para la aplicación de éste.
- Sustracción de un monedero que la víctima llevaba en la mano, fue castigado como **delito de hurto**, al primar la astucia y la habilidad, y al no entender el tribunal que existiese una mínima violencia para configurar el tipo del robo con violencia e intimidación (**STS 1605/2002 de 27-9**).
- Sustracción de gasolina de un **surtidor abierto** ya abierto, podría existir un **hurto o falta de hurto**, al no existir engaño bastante (en estos casos se suele exigir a estos dependientes que para evitar estas situaciones pidan el DNI de la otra persona o realicen determinadas comprobaciones o actúen con un mínimo de diligencia debida para autorizar dichas operaciones y muchas veces no lo hacen y se fían de la buena voluntad de las personas) si bien la mayoría de las STS dictadas por las AP de toda España están condenando por una falta de Estafa si no supera los 400 Euros (**ST AP Madrid 2008; AP Huelva 2008 y AP Las Palmas 2008 entre otras... siendo interesante la de Huelva** que condena a una persona, de aspecto normal la cual realiza un repostaje de gasolina, confiando en este caso la empleada que el importe será abonado, ante la apariencia de solvencia de la persona que reposta, autorizando la operación de servir combustible y luego al no ser abonado, se considera por dicha ST que existió un engaño bastante como elemento fundamental de la estafa, induciendo a error a la denunciante y produciéndose por tanto un beneficio para el que reposta la gasolina que no paga y un empobrecimiento para el dueño de la estación de servicio que no cobra su importe.
- Así entiende dicha ST, como la mayoría de las AP, que existe un engaño previo o concurrente (no a posteriori pues en este caso no existiría estafa) e implícito basado en las relaciones normales de la vida y en la apariencia de solvencia de las personas, determinante de la prestación de los correspondientes servicios. (El hecho de ir a comer a un restaurante o alojarse en un hotel implica como señala el TS **“una apariencia de**

solvencia” lo cual es determinante de la prestación de los correspondientes servicios).

- Si evidentemente el **surtidor estuviese cerrado** se entendería que existe un engaño bastante al dependiente (“**oye me abres que ahora te pago**”) y como consecuencia de éste procedería a realizar un acto de disposición (“abrir el surtidor”) con el correspondiente perjuicio patrimonial y un beneficio (ánimo de lucro) del infractor.
- Si lo que haces es pagar con una tarjeta falsa (Estafa y Falsificación de Moneda) o una tarjeta sin fondos (Estafa).

DE LOS ROBOS CAPITULO II TÍTULO XIII

Artículo 237.

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.

ANÁLISIS DEL ROBO. ELEMENTOS COMUNES A AMBOS.

- **BIEN JURÍDICO:** La posesión más que la propiedad.
- **ANIMUS LUCRANDI:** Ánimo de lucro que se identifica con el “rem sibi habendi” (tener **la cosa para sí**), el cual se inferirá en función de los actos realizados ya sean coetáneos, anteriores o posteriores.
- **COSA MUEBLE AJENA:** Ser susceptible de **traslado de un patrimonio a otro** (incluso los animales y elementos que puedan ser separados estatuas...) y **ser ajena**; tener un dueño, propietario o poseedor; así no lo será la cosa abandonada (“res derelictae”) o las comunes (“res communes omnium”) si no excede de su parte o cuota; y **evaluable en dinero**.
- **CONSUMACIÓN:** Se aplica la teoría de la **ILLATIO**, es decir apoderamiento y traslado de la cosa con **disponibilidad, aunque ésta sea potencial, momentánea o fugaz; y basta la disponibilidad de una parte de lo sustraído para que se consume en su totalidad siendo indiferente que se lucre o no con la cosa**; por tanto cabe la **TENTATIVA** (para los dos); pudiéndose ser **acabada** (antigua frustración) si **práctica todos los actos** que objetivamente deberían producir el resultado y éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor (**ej.: accede al banco tras forzar la puerta y son sorprendidos “ in fraganti”, o sorprendido es perseguido y abandona los efectos sin llegar a tener disponibilidad de los mismos**); **INACABADA** (práctica parte de los actos: **ej.: un banco con dos puertas, fuerza la primera y son sorprendidos al intentar forzar la segunda**; diferencia doctrinal puramente pues la pena es la misma , en **GRADO DE TENTATIVA**.

- **PRINCIPIO ACCESORIEDAD LIMITADA:** Que exige que el hecho principal haya sido típico y antijurídico; así si **perseguidos inmediatamente** al hecho es cogido uno o más y otros logran escapar el **DELITO SE CONSUMA PARA TODOS (RIGE TANTO PARA LA COAUTORÍA COMO LA COOPERACIÓN SEA NECESARIA O NO)**

PARTICIPACIÓN: AUTORÍA DIRECTA Y SU DISTINCIÓN DE OTRAS FORMAS DE AUTORÍA.

- **TS** dice que no cabe sostener que el concierto previo por si solo convierta a los partícipes en coautores, sino que habrá que tener en cuenta el “ **aporte objetivamente realizado por cada al delito” (dominio del hecho o funcional)**; por lo tanto habrá que valorar las circunstancias del hecho y se apreciará (**COAUTORÍA**) si el **aporte realizado constituya un presupuesto esencial para el éxito del plan, pues es indudable que quien domina una parte esencial tiene la posibilidad de dominar el hecho en su identidad pues el retiro de esa parte esencial frustraría la realización del mismo.**
- **COAUTORÍA: Común acuerdo** en la fase ejecutiva, **división del trabajo, codominio** del hecho, no siendo necesario que cada interviniente realice por si solo el tipo (división de trabajo o funcional).EJ: Sujeta fuertemente a la víctima para que la apuñale o **aporta vehículo para la huída y trasladar el botín a otro lugar para repartírselo.**
- **COOPERACIÓN NECESARIA:** Teoría de los **BIENES ESCASOS** O conducta “SINE QUA NON”; es decir **aportación de algo difícil de conseguir** o una conducta sin la cual el delito no se habría cometido; EJ: facilitar armas para un atraco.
- **COMPLICIDAD:** Participación **accidental, no condicionante o de carácter secundario** (Ej.; mera y simple vigilancia fuera del local donde se cometió el robo).
- Si bien hay que matizar que lo expuesto anteriormente se basa en disquisiciones doctrinales y jurisprudenciales y su diferenciación muchas veces desde el plano teórico; en la práctica habrá que atender a las diversas circunstancias de cada caso ya que lo que empezó siendo una complicidad puede devenir en una cooperación necesaria e incluso en ocasiones la cooperación necesaria y la coautoría pudieran solaparse no siendo tan clara su diferenciación; si bien a efectos de pena, en lo que respecta a la coautoría y la cooperación necesaria, su incidencia va a ser nula pues ambas figuras se van a castigar de igual forma.
- **CABE EL DESESTIMIENTO** (para robo y hurto) como así recoge el artículo 16 en su apartado tercero; siempre que la decisión sea **PERSONAL, VOLUNTARIA, ESPONTÁNEA**, evitando así su perfección; no lo será si su renuncia se debe a la aparición de impedimentos con los que no contaba (Ej.: está atracando a una anciana y le da pena quitarle el dinero y desiste de esto

voluntariamente; no si desiste de realizar dicha conducta porque observa a 100 metros a un Policía ante el temor de que puedan cogerle.); y sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados si estos fueran constitutivos u otro delito o falta (ej.: cometo un robo con fuerza en un establecimiento rompiendo el cristal de la puerta para acceder y procedo a llevarme un objeto pero en el momento de salir me arrepiento y lo dejo de nuevo en el suelo; he desistido del robo con fuerza pero en este caso mi conducta podría ser constitutiva de una falta o delito de daños en virtud de los desperfectos ocasionados y del valor del cristal; si esta misma conducta la realizo porque veo a un policía próximo a donde estoy el cual me va a detener ya no concurriría dicho desistimiento y cometería un robo con fuerza en este caso en grado de tentativa al no existir disponibilidad del objeto.

DELITO CONTINUADO

Se puede aplicar al **HURTO O AL ROBO CON FUERZA, por si solos (no combinados, es decir un hurto y un robo con fuerza)** aunque su aplicación será **restrictiva** sobre todo si perjudica al **reo** al entenderlo así la Jurisprudencia y siempre que se den los siguientes requisitos. **DICHA APLICACIÓN LA REALIZARA EL TRIBUNAL en sede judicial NO NOSOTROS (POLICÍA).**

- **EJ: Persona que sustrae un día 100 euros en una tienda; al día siguiente otros 100; al día siguiente otros 100 y el cuarto día 125. En este caso no se procederá a detener como un delito de hurto continuado al superar dichas sustracciones los 400 euros sino que se procederá a dar cuenta a Su Señoría de una falta de hurto de 125 euros identificando al sujeto activo de la acción y en el oficio o diligencias se especificará y se le explicará al Juez que dicha persona en los días anteriores ha cometido otras sustracciones similares y será el propio Juez, si así lo entiende aplicar un delito de hurto continuado, o varias faltas de hurto.**

- A) **Pluralidad de acciones u omisiones** que afecten a **uno o varios sujetos de iguales o semejantes preceptos** (AUNQUE EL PRECEPTO NO HACE REFERENCIA LOS LUGARES Y FECHAS DE COMISIÓN SER DIVERSOS SI BIEN SE COMPRENDE QUE SI ESTE SE PROLONGA EN DEMASÍA O LA DISTANCIA GEOGRÁFICA ES GRANDE PODRÍA ROMPER EL VÍNCULO DE UNIÓN ENTRE ELLOS Y NO APLICAR ESTE TIPO).

- B) **Aprovechamiento de idéntica ocasión** (ocasión semejante, parecida o análoga)

- C) **Ejecución de un plan preconcebido; dolo unitario** que provoca la unificación de lo plural en una solo infracción resultado de obedecer a un único proyecto.
 - Si hay varias infracciones homogéneas, **unas consumadas y otras en grado de tentativa**, estas son absorbidas por las otras y se aplicaría

Delito Continuado **Consumado** (si procediese); así como **si** existe una **agravante** que deberá **aplicarse a todo el delito continuado**.

Art. 74.2: Infracciones contra el patrimonio se tendrá en cuenta el **perjuicio total causado para la determinación de la pena** (superior en uno o dos grados) y no el 74.1 (infracción más grave en su mitad superior)

Ej.: Acusado penetró en la vivienda a través de una ventana los días 20 y 21 con un único designio que era conseguir un beneficio ilícito, infringiendo el mismo precepto y con un plan o designio único.

NUNCA AL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN, ni cuando hay un **robo con violencia y otro con fuerza en las cosas** al afectar a derechos fundamentales o “personalísimos” (STS 78/2000 de 31-1 ó 1336/2000 de 25-7 entre otras.)

Artículo 238.

El robo, ya sea con fuerza o con violencia o intimidación **siempre es delito, con independencia de la cantidad que se sustraiga**; existe algún supuesto excepcional con el hurto/robo de uso de vehículo que se analizarán posteriormente al explicar dicho tipo penal

El artículo 238 del CP recoge una serie de circunstancias que a juicio de la Jurisprudencia y la Doctrina se corresponden con “**numerus clausus**”(los que se **recogen en el 238 y solo esos**) o supuestos tasados y donde por tanto no pueden aplicarse otros por analogía, lo cual esta taxativamente prohibido por el Derecho

Y como señala la propia Jurisprudencia la fuerza ejercida debe realizarse para “**acceder**” (“**ad rem**”) **a la cosa u objeto**, no sobre la cosa (“**in re**”) en sí, **ni tampoco para salir después de sustraído**. (Ver casuística más abajo).

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.

Para el Tribunal Supremo lo relevante es **entrar por un lugar no destinada al efecto** (no natural, insólita o desacostumbrada) y vencimiento de las defensas puestas por el dueño. (Entra por ventana abierta a dos metros del suelo; **no si la ventana esta abierta y a nivel de la calle o si la ventana esta cerrada en la planta sin que describa la necesidad de ningún esfuerzo**) Exige por tanto el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, para quebrantar la defensa de la propiedad desplegada por el titular del inmueble de que se trate, pues si no fuese así podría suscitarse la existencia del tipo del Art. 234 CP.

Y como recoge el propio TS en distintas sentencias (STS de 20 febrero de 1998 STS de 30.04.02 STS de 6.11.03) por escalamiento no solo se entiende subir, escalar o trepar sino que deber **ser entendido como cualquier acto de subir, bajar, trepar o ascender en cuanto supone acceder a un lugar por un sitio no**

habitual o natural, por lo que cabría también el robo con fuerza en el acceso por **alcantarillas** (ver ST Audiencia Provincial de 26-6-06)

2. ° *Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.*

Lo importante es que exija un esfuerzo material y físico que se emplee sobre los mecanismos de seguridad o cerramientos colocados por la persona para proteger sus bienes AUNQUE SEA MÍNIMO (Ej.: **fracturas de cristales para acceder , o de un coche para sustraer algún objeto incluso el desmontaje de cristales de una puerta aunque no se rompa para acceder**).

3. ° *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.*

Ya sea en el mismo lugar o fuera, que implica previamente haberlo sustraído (**Consumación subjetiva anticipada**); y si lo hurtas y luego lo fuerzas se convierte en ROBO, siempre como señala el propio TS en ST 19-1-98 que se acredite su posterior o ulterior fractura, lo que evidentemente se constatará muchas veces en sede judicial.

Así nosotros a efectos policiales si cogemos a una persona inmediatamente tras salir de un bar o lugar abierto, sin haber forzado nada, con una caja de caudales procederemos a detener como robo con fuerza en tentativa, si bien como se explica anteriormente en sede judicial deberá acreditarse que el fin que perseguía dicha persona era fracturar en otro lugar dicha caja pues de lo contrario la misma habría cometido un delito de hurto o falta, atendiendo al valor de dicho objeto

NO ROBO: caso sobres lacrados, huchas... sino HURTO pues el mismo dueño tendría que abrirlos para ver su contenido.

4. ° *Uso de llaves falsas.*

Se considerarán llaves falsas según establece el art. 239

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.

Este apartado se analizará posteriormente en la casuística de aplicación en el ámbito policial y judicial.

5. ° *Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.*

Debe ser **para acceder (NO SALIR)** a donde se encuentran los objetos, sino será hurto (Ej.; de sonido, señales luminosas, radiofónicas, células fotoeléctricas... **NO PERROS** como así lo ha entendido la propia Jurisprudencia). No se incluyen los llamados SISTEMAS OFFENDICULA, es decir trampas, armas que se disparan al entrar... NI PERROS ADIESTRADOS, ya que suponen una defensa activa de la propiedad. SOLO SE INCLUYEN LOS SISTEMAS DE ALARMA ESTÁTICA (sonido, luz, ...) QUE NO AGREDEN A LA INTEGRIDAD DE LOS QUE QUIEREN ATRAVESARLA.

Sustracciones en **grandes almacenes** de productos que llevan incorporados sistemas de alarmas (ropa...) NO ROBO SINO HURTO, ya que cuando quitan esto realizan una fuerza in re, sobre la cosa misma no para acceder a nada.

TIPOS AGRAVADOS. ANÁLISIS.

Artículo 241.

1. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.

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.

- Las agravantes del artículo 235 ya han sido analizadas anteriormente con el delito de hurto en el apartado anterior y son las mismas para este tipo penal (ver y consultar).
- **Casa habitada** (morada de una o más personas **aunque no se encuentren presentes** cuando se realice el robo; se **incluyen por tanto las 2ª viviendas o de temporada**; incluye habitación de un hotel, autocaravanas o roulottes y tiendas de campaña entre otras).
- **Edificio o local abierto al público** (al que tiene acceso cualquiera siempre que **esté abierto o si estando cerrado conocía al realizar el hecho la existencia de personas en su interior**). No se aplicó (STS 1506/2001) la entrada en un hotel a la una de la madrugada, hora en que usualmente no se tiene libre acceso a este tipo de establecimientos.
- **En sus dependencias** (de los supuestos anteriores), que lo serán sus patios, garajes, sitios contiguos y cercados y en comunicación con él y formen una **UNIDAD FÍSICA** (Ej.: **Chalet de tres plantas con un garaje o patio el cual tiene comunicación directa a través de una**

escalera con la vivienda; o ático que forma una unidad física con la vivienda y que se comunica con ella interiormente e incluso puede ser habitada (STS 1380/2000 de 11-9) no si el garaje por ejemplo es comunitario y para acceder a éste hay que salir de la vivienda coger un ascensor y bajar al mismo.).

CONCURSO CON ALLANAMIENTO

- **REGLA GENERAL:** Robo con fuerza **absorbe el delito de allanamiento de morada puesto que se aplicaría dicha agravante del artículo 241;** con la reforma del Código Penal de fecha 22 de Junio de 2010, en el caso de que exista ahora un robo con violencia e intimidación en una casa habitada o en cualquiera de sus dependencias que formen una unidad física, también va a absorber el allanamiento de morada. Ver artículo 242.2(**ANTES DE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EL ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN CONCURSABA CON EL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA**).

CASUÍSTICA DE MAYOR APLICACIÓN EN EL ÁMBITO POLICIAL

1) Robo con escalo (entrar por un lugar no destinado al efecto (no natural, insólita o desacostumbrada) siempre que ello exija una destreza o esfuerzo de alguna importancia para trepar o ascender a un determinado lugar).

Recordar las STS de 20 febrero de 1998, de 30.04.02 y de 6.11.03; por escalamiento no solo se entiende subir, escalar o trepar sino que deber **ser entendido como cualquier acto de subir, bajar, trepar o ascender en cuanto supone acceder a un lugar por un sitio no habitual o natural**, por lo que cabría también el robo con fuerza en el acceso por **alcantarillas** (ver ST Audiencia Provincial de 26-6-06)

- Persona que entra por la ventana de una vivienda tras saltar una pared (**STS 1811/2003 de 6-11**).
- No lo será si se entra por una ventana de la planta baja sino se describe ningún esfuerzo o destreza o si la ventana está abierta y a nivel de la calle; si se apreció si la ventana estaba abierta pero a un metro y medio del suelo al entender el tribunal que el sujeto activo realizó un esfuerzo para acceder a ésta.
- Si persona accede a un piso que se encuentra en la tercera planta del edificio aprovechando unos andamios de una obra que se encuentran próximos a ésta también será **ROBO CON FUERZA CON ESCALO**.
- Si persona entra en una vivienda que está abierta para sustraer objetos y es sorprendido por la Policía y en ese momento sale por un ventana del piso y escala a otro para escapar **NO SERÍA ROBO CON FUERZA SINO DELITO DE HURTO. (HA DE SER FUERZA PARA ACCEDER NO PARA SALIR)**

- Se ha apreciado **robo con fuerza en el acceso por una alcantarilla** para sustraer posteriormente distintos objetos de un establecimiento.(ver ST Audiencia Provincial de 26-6-06)

2) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

- Fractura del cristal de un coche para sustraer un objeto, absorbiéndose los daños causados en el robo con fuerza.
- También se ha considerado fractura el desmontaje de los cristales de una puerta aunque no se rompieran o quitar los cristales de una ventana para acceder al lugar y realizar el apoderamiento.
- Entrar por el agujero de una valla que esta abierto es HURTO Y NO ROBO CON FUERZA.
- Penetrar en una finca cortando el alambre para coger animales se ha entendido como HURTO y no ROBO CON FUERZA, pues la Jurisprudencia ha entendido que cortar dicha alambrada no puede asimilarse por analogía (en derecho penal esta prohibido) a rompimiento de pared. La alambrada, la misión o la función que tiene es la de evitar que los animales escapen (STS 2-2-82) y que la misma no está colocada para proteger ninguna “propiedad”.
- Motocicleta o bicicleta candada en la vía pública y rompes el candado para sustraerla; en este caso la Jurisprudencia entiende que sería HURTO, ya la fuerza empleada es sobre la cosa misma (“fuerza in re”) no para acceder a nada (“fuerza ad rem”); si moto esta en un garaje y fuerzas la puerta de entrada y te llevas ésta en este caso si sería Robo con Fuerza. Cuando se analice el Robo/ Hurto de uso se explicara con más detenimiento diversos supuestos relacionados con los vehículos a motor.
- También se ha tipificado y se castigaría como un delito de robo con fuerza la fractura del tapón de la gasolina para acceder a la misma y su posterior sustracción (como se recoge en multitud de Sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales nombrándose a titulo de ejemplo la dictada en la Audiencia Provincial de Madrid el 29-4-2008). No sería dicho tipo delictivo si el tapón de la gasolina estuviera ya abierta y no se fuerza nada procediendo a continuación a sustraer la gasolina.(Delito de Hurto o falta atendiendo al valor sustraído)

3) 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.

- Entró en casa abierta y me llevo un armario cerrado y luego en un lugar apartado fracturo su puerta para coger lo que hay en su interior (ROBO CON FUERZA).
- Entró en casa abierta y me llevo un armario cerrado y luego en un lugar apartado cuando ha transcurrido 1 hora de la sustracción me coge la Policía intentando abrir el armario cerrado para coger lo que hay en su interior (ROBO CON FUERZA CONSUMADO) al haber tenido ya disponibilidad potencial o fugaz de la cosa (Consumación subjetiva anticipada) y se acredite como en éste caso su propósito ulterior de fractura del mismo como ha entendido la propia Jurisprudencia.

- Entró en casa abierta y me llevo un armario cerrado y al salir me coge la policía (todavía no he tenido disponibilidad de la cosa, ni potencial ni fugaz) delito de HURTO EN TENTATIVA más ALLANAMIENTO DE MORADA; esto sería por así decirlo “ técnicamente” si bien como se explico anteriormente a efectos policiales y prácticos procederíamos a detener como robo con fuerza si bien en sede judicial debería acreditarse su posterior o ulterior fractura por parte del sujeto activo para condenar por robo en lugar de hurto (como recoge el **TS en ST 19-01-98**).
- Entró en casa cerrada y me llevo un armario cerrado y al salir me coge la policía (todavía no he tenido disponibilidad de la cosa, ni potencial ni fugaz) cometería un delito de ROBO EN GRADO DE TENTATIVA.
- Romper una hucha para acceder al dinero que contenga (HURTO) pues Jurisprudencia entiende que al igual que los sobres lacrados el propietario de los mismos tendría que romperlos para acceder a lo que contengan.
- Si se entendería como supuestos de robo con fuerza (fuerza “ad rem” para acceder) la rotura o fractura de la caja que contiene un Cd para acceder y sustraer el mismo pues encaja perfectamente en el tipo penal; otra cosa distinta es que a efectos judiciales o de pena se castigue como tal atendiendo al valor en este caso del objeto sustraído.

4ª. Uso de llaves falsas.

Ha de ser su utilización para “ACCEDER” al objeto o cosas muebles ajenas y sustraer estos; e implica el empleo de un medio que permita dicho acceso sin causar daños (STS 257/2000 de 18-2), no correspondiéndose su concepto con el usual o vulgar sino que se trata de un **concepto funcional** es decir, no siendo necesario que sea metálica, ser de cualquier clase o mecanismo pero que sirva para la apertura o cierre del mismo. Así se consideran las siguientes:

- **Ganzúas** («alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras»), u **otro instrumento análogo** (ej.: destornillador si cumple esta función o **ST 257/2000**, de 18 de febrero que considera instrumento análogo a la ganzúa, una moneda unida a un hilo muy fino y papel de celofán que permite liberar, abriéndolo, el mecanismo de una maquina expendedora de tabaco, obtener éste y la devolución del cambio, recuperando la moneda).
- Llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal (**delito o falta**); se incluyen las **simplemente extraviadas, las indebidamente apropiadas** (Ej.: las poseía cuando trabajaba en el local pero al ser despedido no las devolvió), las **retenidas indebidamente, las tomadas por la fuerza o violencia (robo) o con engaño (estafa), las olvidadas o escondidas** (no las puestas en la cerradura o en lugar visible; STS 22-12-97) ni tampoco la utilizada por ej.; por el recepcionista del hotel pues estaba autorizado para uso pero no en el sentido que lo hizo: HURTO CON ABUSO DE CONFIANZA.
- Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura (ej.; **podrían incluirse el duplicado de una llave genuina**)

- Se incluyen las tarjetas (magnéticas o perforadas) y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

Con la reforma de 2010 ya no se incluyen las **tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje COMO ROBO CON FUERZA**, sino como **ESTAFA POR MANIPULACIÓN INFORMÁTICA (artículo 248 ver)**; desde el punto de vista policial es una modificación importante, ya que antes siempre iba a ser delito (el robo siempre es delito) y ahora la estafa puede ser bien falta (si no supera los 400 euros) o delito.

Ya el Tribunal Supremo se pronunció, antes de la reforma del Código Penal de 2010, en relación al tema de los cajeros y la utilización de las tarjetas de crédito con la **STS 9-5-2007** y otras posteriores (ver dicha ST por su interés), considerando la sustracción de dinero de los mismos mediante el uso o utilización de tarjetas de crédito **no ya como robo con fuerza sino como ESTAFA POR MANIPULACIÓN INFORMÁTICA**, recogida en el apartado segundo del artículo 248 del vigente código penal. (ej.: **Antonio se queda mirando a una persona que esta sacando dinero y observa su número de pin; cuando éste se marcha le sigue y le sustrae la cartera al descuido y de inmediato va al cajero a sacar dinero pues sabe el pin de la tarjeta; en este caso cometería dos delitos UNO DE HURTO Y OTRO DE ESTAFA POR MANIPULACIÓN INFORMÁTICA Y YA NO ROBO**).

En dicha sentencia se cuestiona si el procedimiento denominado de la "siembra", que tiene por objeto conseguir el número PIN y la tarjeta de crédito de la víctima elegida, consistente en que una persona se sitúa a una distancia adecuada de quien se encuentra efectuando una operación en un cajero y así ver el número PIN, para a continuación distraerle de forma que pierda de vista la tarjeta cuando sale por la ranura del cajero, siendo sustraída y sustituida por otra tarjeta, de manera que la víctima luego no se apercibe del cambio de tarjeta hasta que va a efectuar operaciones con la misma debe considerarse un Robo con Fuerza por el contrario se encuadraría como Estafa por manipulación informático del artículo 248.2, y en este caso se beneficiaría al reo o culpable pues la pena en este caso sería inferior al delito de robo con fuerza.

Así señala el TS en dicha sentencia, tras realizar un análisis minucioso de ambos tipos delictivos, algunas conclusiones interesantes que a continuación se exponen en distintos fragmentos o extractos sacadas de la misma a la hora de considerar dicha conducta delictiva no como Robo con Fuerza sino como Estafa:

“En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. **La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para "acceder al lugar donde éstas se encuentren"**, tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y **el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede**”...

“Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero...”.

“El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v.gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto)...”

“Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v.gr.: se descubre la clave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto **no se accede al interior del cajero, es decir, al deposito donde se conserva el total del dinero de la maquina, sino que el aparato entrega por si una cantidad seleccionada de tal deposito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación...**”.

“Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducible al tipo del art. 248.2 del nuestro CP, creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las maquinas y que requiere valerse "de alguna manipulación informática o artificio semejante" para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la maquina es utilizada correctamente solo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrinal algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas, perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2.”

“Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del "artificio semejante" del art. 248.2 CP en estos casos de conducta voluntaria -pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta- pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en **algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP.**”

Por tanto y atendiendo a lo expuesto en dicha sentencia y otras posteriores dictadas en el mismo sentido, dicha conducta debería ser calificada como Estafa al concurrir los elementos de la misma (en este caso **ánimo de lucro**, con independencia de que luego se alcance o no, una **manipulación informática o artificio semejante** como recoge el tipo que en este caso sustituye al engaño, un **acto de disposición patrimonial, un perjuicio patrimonial** en este caso tanto al titular del dinero de esa cuenta como al banco que entrega dicho dinero y que posteriormente tendrá que responder de forma subsidiaria y **error bastante e idóneo**. (Este elemento ha sido discutido en algunas sentencias al entender que el error ha de producirse en la persona, en el sujeto pasivo, y por tanto al tratarse de máquinas, éstas no cometen errores en el sentido de una representación falsa de la realidad, y por tanto no podría aplicarse dicho tipo delictivo. Si bien el TS, al igual

que otras sentencias se han pronunciado en el sentido de que con dicho tipo penal se pretender cubrir vacíos legales que no alcanzaban con el concepto tradicional de Estafa, teniendo la figura del apartado segundo del artículo 248 la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error.

Analizado lo expuesto anteriormente podemos señalar las **siguientes conclusiones**, sobre todo a efectos de actuación policial:

- ❑ En dichos casos la persona cometerá en todo caso un **delito contra el patrimonio**; y si bien la mayor parte de las veces procederemos a detener o actuar como un ilícito penal de Robo con Fuerza se ha de saber que es posible que posteriormente en sede judicial, y en función de cada lugar o juez actuante, dicha conducta sea calificada como estafa por manipulación informática del artículo 248.2, con el consiguiente beneficio en este caso para el culpable a efectos de pena al ser ésta inferior al robo con fuerza.

- ❑ Así en vista de lo anteriormente expuesto, podrían darse alguno de los siguientes supuestos (alguno bastante curioso):
 1. Si sustraigo la cartera a una persona y con la tarjeta de crédito saco dinero; **HURTO Y ESTAFA** (a diferencia del caso anterior si se considerase robo que en este caso por continuidad delictiva absorbería el hurto) y si no lo consiguiera sería HURTO Y TENTATIVA DE ESTAFA (bien falta o delito atendiendo a lo sustraído).
 2. Si sólo sustraigo la tarjeta de crédito sin más pero no la utilizó para nada; conducta atípica (**no hurto**) al entender (así lo hace la Jurisprudencia) que la misma carece de valor por sí mismo salvo que se utilice posteriormente en este caso para sacar dinero; si aparte de sustraerla la utilizó cometería en este caso una ESTAFA (consumada o en tentativa si no consigo sacar dinero) sin más.
 3. Si sustraigo una cartera al descuido me voy a sacar dinero a continuación a un cajero pero no puedo al no tener el pin y a continuación vuelvo a donde se encontraba dicha persona y le intimido o amenazo para que me proporcione el número del pin dándomelo éste y a continuación saco dinero del cajero podría cometer los siguientes ilícitos penales: un delito de **HURTO** (al sustraer la cartera) **Consumado** (al haber existido además de apoderamiento disponibilidad de la misma) una **tentativa de ESTAFA** (al no poder sacar dinero), un **delito de Coacciones o Robo con Violencia** (sería discutible éste último supuesto; sería robo con violencia e intimidación si le quito toda la cartera y si luego saco dinero con esa tarjeta, entraría en concurso con un delito o falta de estafa, si bien habría que ver posteriormente si dicho concurso es de delitos o de normas; pero si yo sólo le intimido para que me de sólo el pin (yo no quiero la cartera entera) como los tribunales entienden, ya en sentencias dictadas desde el año 2003 hasta nuestros días, que la tarjeta de crédito no tiene un valor económico en sí misma, y que sólo sería delictivo si dicha tarjeta se utiliza posteriormente para cometer un ilícito penal, en este caso una estafa, estaríamos no ante un robo violento sino ante unas coacciones) y un

posterior **delito de Estafa consumado** al haber ya obtenido una suma dineraria. (ESTO SERÍA TÉCNICAMENTE OTRA COSA SERÍA DESDE EL PUNTO DE VISTA POLICIAL DONDE NOSOTROS ACTUARÍAMOS COMO REGLA GENERAL COMO UN ROBO VIOLENTO)

4. Lo explicado hace referencia a los cajeros; si descubro de manera ilícita la clave secreta de un local o banco para acceder al mismo cometeré **UN ROBO CON FUERZA**; si lo que hago es coger a una persona por la calle y le obligo con violencia o intimidación a que vaya sacando dinero de los cajeros cometeré un **ROBO CON VIOLENCIA** (aparte podría haber un ilícito de detención ilegal)

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

Como se ha explicado anteriormente en dicho manual ha de ser **para acceder no para salir**.

- Sustracción de objetos en un centro comercial los cuales llevan incorporados diversos sistemas de alarma, procediendo a quitar o arrancar éstos se considerará **HURTO** (fuerza “in re” sobre la cosa) y no Robo con Fuerza.
- Inutilización de una alarma de un banco para acceder a éste y sustraer el dinero (**ROBO CON FUERZA**); si dicha inutilización es para salir con el fin de que no me oigan (**HURTO**).
- Perro que vigila una finca la cual se encuentra abierta y yo con un spray duermo al perro y a continuación sustraigo varios objetos del interior de la misma (**HURTO**, no se incluyen en dicha circunstancia como así lo recoge la Jurisprudencia como sistema de alarma a los perros); con independencia de que cometa un delito de daños si mato al perro (263) o se aplique el artículo 337.
- Si en el mismo supuesto anterior, con un perro en la finca para proteger ésta, la persona fractura la puerta de entrada y sustrae del interior varios objetos en este caso cometería un **ROBO** pero por la fractura de dicha puerta (**FRACTURA EXTERNA**).

ROBO CON VIOLENCIA INTIMIDACIÓN

Artículo 237.

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.

Artículo 242.

1. *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.*
2. *Cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.*

3. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, 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.

4. 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.

Dicho tipo penal también ha sido modificado con la reforma del Código Penal de 2010, en su apartado 2 (con la reforma del Código Penal y la introducción de este apartado, ya no existirá como antes un concurso entre el allanamiento de morada y el robo con violencia e intimidación si se realiza en casa habitada, sino que se absorberá dicho allanamiento de morada y se castigará de forma específica, al igual que ocurre con el robo con fuerza) y en su apartado 3 (que posteriormente será analizado).

Se trata pues de un tipo penal recogido en el artículo 237 junto al robo con fuerza y penado en el artículo 242 del vigente Código Penal, configurándose como un **Delito Complejo** donde varias acciones pueden constituir varios ilícitos penales siendo en algunos casos absorbidos(e.j: coacciones) por el Robo o concursar con otros tipos (“ **sin perjuicio de las que pudieran corresponder por las violencias ejercidas**”) como Lesiones, Homicidio...

Se va a proteger, al igual que en el hurto y el robo con fuerza, la **Posesión principalmente**, si bien este tipo puede atacar también a otros bienes jurídicos como la vida, la libertad...

Exige **ANÍMO DE LUCRO** (enriquecimiento, beneficio... aunque no necesario que se consiga para la consumación) siendo necesario que la **Violencia o Intimidación** constituyan un medio para conseguir lo buscado (**RELACIÓN DE CASUALIDAD DE MEDIO A FIN**) y **antes del apoderamiento del bien o cosa mueble ajena**.

Así si una persona **GOLPEA A OTRA SIN TENER INTENCIÓN DE ROBARLA Y CUANDO ESTÁ EN EL SUELO LE SUSTRAE LA CARTERA**, dicha conducta constituirá dos tipos delictivos distintos por una parte una falta o delito de Lesiones y por otra un Hurto. (Cuando se analice la casuística policial se incidirá en lo expuesto).

Cuando hablamos de **VIOLENCIA** nos vamos a referir a toda **acción o ímpetu** que se realice sobre una persona para **vencer su resistencia normal y desposeerla de la cosa** (STS 2366/2001, entre otras), pudiendo consistir en un mero empujón sin causar lesión o el forcejeo con la víctima pero siempre tener cierta intensidad para que produzca los efectos deseados.

Habrá que estar o analizar muchas veces las circunstancias de cada caso, pues no será igual la ejercida contra un menor que para un adulto, pudiendo ésta **recaer sobre el propio sujeto pasivo u otra persona** (en este caso actuaría de intimidación para el sujeto pasivo).

Ej.: Dame todo lo que lleves encima o mato a la mujer que te acompaña.

Es **robo violento el TIRON** ya sea de mayor o menor intensidad y lo es (STS 2226/2001, entre otras muchas) porque “se vence la resistencia de la víctima con un resultado lesivo imprevisible pero aceptado por el autor”.

También se ha considerado Robo Violento el **SUMINISTRO DE NARCOTICOS** (STS 1322/2004) al considerarse que existe un acto de violencia cuando se priva a la víctima de conocer el alcance de sus actos.

Respecto a la **INTIMIDACIÓN**, habrá de entenderse como tal **el anuncio de un mal inmediato (SI NO ME LO DAS TE MATO)**, que lo va a diferenciar en este caso de las amenazas (constituyendo éstas un mal futuro; TE VOY A MATAR, O SI NO ME DAS EL DINERO EN TRES DÍAS VOY A MATARTE O MATAR A TU MUJER).

Esta intimidación deberá ser grave, personal, concreta y posible que **inspire al ofendido un sentimiento de miedo**, angustia... ante la posibilidad de un daño real o imaginado más o menos justificado.

No solo habrá que tener en cuenta los medios físicos o armas, sino incluso las palabras o actitudes amenazantes, aunque evidentemente habrá que estar a cada caso concreto, tipo de persona, lugar, tiempo, su idoneidad... (ej.: exhibición de un cuchillo, aprovecharse de la superioridad numérica, la soledad de la víctima...

CONSUMACIÓN DEL TIPO DELICTIVO:

Se va a exigir, como así lo ha entendido la propia Jurisprudencia (sin perjuicio de analizar posteriormente la discusión existente cuando se realiza la sustracción en el interior de establecimientos o grandes almacenes) dos elementos:

APODERAMIENTO de la cosa u objeto junto a la **DISPONIBILIDAD** (aun potencial o momentánea) de la misma.

Por lo tanto será **posible la TENTATIVA** (Ej.: le quito el bolso a una mujer de un empujón, tirándola al suelo y causándola lesiones, y a continuación y de forma inmediata, y sin perderme de vista, me coge la Policía) sin perjuicio de castigar dicha violencia o intimidación ejercidas como un tipo ilícito independiente en caso de producirse en el sujeto pasivo un resultado lesivo. En el caso anterior el sujeto activo habría cometido un delito **DE ROBO VIOLENTO EN GRADO DE TENTATIVA EN CONCURSO CON UN DELITO DE LESIONES CONSUMADAS**).

CASUÍSTICA POLICIAL

- Pedro pega un empujón a Luis con el objetivo de quitarle la cartera, realizando esto a continuación. (**ROBO VIOLENTO**).
- Pedro discute con Luís, enfrentándose a continuación y propinando Pedro varios puñetazos a Luis, y una vez que éste se encuentra en el suelo y se le ha caído la cartera, aprovecha Pedro dicha circunstancia y le sustrae ésta. En este caso constituiría una **Falta o Delito de Lesiones en**

- concurso con un Hurto**; en este caso la violencia no ha constituido un medio para realizar el despojo o sustracción.
- ❑ Empujón a una señora para sustraerle el bolso (Robo Violento); cualquier empujón por muy leve que sea y que sirva para vencer la resistencia de la víctima debiera considerarse como **Robo Violento (y si hubiera lesiones en concurso con éstas)** con independencia que algunas fiscalías (como la de Barcelona) entiendan que si no se producen lesiones en la víctima como consecuencia de este empujón se califique (así se hace saber a la propia Comisaría) como HURTO CON TIRÓN (una autentica barbaridad y un “maquillaje” puramente estadístico).
 - ❑ Otra cosa sería si no se ejercita ningún tipo de violencia,(Ej.: **mujer que lleva el bolso en la mano sin ejercer apenas ninguna presión sobre el mismo o persona que al descuido le corta las asas** (CHINAORES) llevándose el bolso sin que la persona se de cuenta); pero en el momento que se realice violencia, por mínima que sea ésta, siendo la misma el medio para sustraer dicho objeto se estaría, a mi entender, configurándose dicho tipo penal con independencia de la posterior calificación (muchas veces en sede policial) y su castigo a efectos de pena (ya en sede Judicial).
 - ❑ José invita a María a su casa y cuando están tomando unas copas, ésta (María), introduce un **narcótico** en la copa de José y cuando éste está dormido aprovecha para sustraerle objetos o dinero de la casa (**ROBO CON VIOLENCIA** al asimilarse el uso de narcóticos a dicha Violencia como así lo ha entendido la propia Jurisprudencia).
 - ❑ José intimida a Pedro con un cuchillo para que éste le entregue una medalla que lleva. (**ROBO CON INTIMIDACIÓN**).
 - ❑ José intimida a Luis, que acompaña a Pedro, con un cuchillo y con matarle con el fin de que Pedro le entregue la cartera (**ROBO CON INTIMIDACIÓN**). En este caso se intimida a una persona distinta pero se busca el mismo resultado, es decir, obtener el despojo patrimonial.
 - ❑ José portando un cuchillo (o de viva voz con palabras amenazantes) aborda a Luis y con ánimo de lucro y depredatorio le dice: “O me das lo que llevas encima o de lo contrario en dos días mataré a tu mujer”. (esto generalmente no es muy normal en el Robo, pues se suele intimidar o coaccionar con un mal inmediato (“O ME LO DAS O TE MATO “). Pero en este caso y atendiendo a dicho ánimo, también cometería un **Robo con Intimidación**. Se está amenazando con algo futuro (amenaza con matar a su mujer) pero la intención del sujeto activo es eminentemente depredatoria e inminente actuando ésta como coacción o intimidación personal y directa en la persona del sujeto pasivo siendo su objeto no una simple amenaza sino la utilización de ésta para realizar el consiguiente despojo patrimonial, absorbiendo dicho tipo penal al ilícito de amenazas (artículo 169).

VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN SOBREVENIDA Y SU POSTERIOR TRANSFORMACIÓN EN OTRO ILÍCITO PENAL:

En dicho supuesto, la utilización de VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN, transformará el delito precedente (ejemplo un HURTO O ROBO CON FUERZA) en

ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. En este caso será necesario el siguiente requisito:

- ❑ La VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN deberá aparecer **antes de la consumación** de dicho ilícito, es decir de su **disponibilidad (Teoría de la Illatio) ya sea esta potencial o meramente fugaz**; ya que **si se consumó** la acción (es decir el sujeto activo ha tenido ya disponibilidad del objeto) nos encontraríamos ante otro tipo delictivo, no configurando un robo con violencia o intimidación.
- ❑ **Y si dicha Violencia o Intimidación se realizará con la única finalidad de huir una vez consumado el robo** (es decir existiendo ya disponibilidad del objeto, aún meramente potencial o fugaz) se castigarán ambas conductas **por separado** (robo con fuerza más lesiones, coacciones...)

CASUÍSTICA DE APLICACIÓN POLICIAL.

- ❑ Una persona está **sustrayendo a una persona la cartera y éste se da cuenta y en lugar de salir corriendo y huir, le pega un empujón tirándole al suelo y llevándose ésta; en este caso cometería un ROBO VIOLENTO**, pues la violencia ejercida se produce con anterioridad a la perfección del delito, es decir, antes de su consumación que como hemos visto requiere además del apoderamiento de la cosa u objeto la disponibilidad del mismo aunque sea meramente potencial o fugaz antes de la disponibilidad del objeto; **pero si sustraigo la cartera a una persona, este me sigue pero me pierde de vista durante 1 minuto y luego me vuelve a encontrar y yo para evitar que me coja le pego un puñetazo**, en este caso y debido a que el delito se ha perfeccionado (he tenido la disponibilidad del objeto, aun meramente fugaz) estaría cometiendo **DOS TIPOS DELICTIVOS DISTINTOS COMO SON EL HURTO Y UNA FALTA O DELITO DE LESIONES.**
- ❑ Igual ocurriría con los supuestos que **comienzan siendo un ROBO CON FUERZA**; así se produce un robo con fuerza en una casa siendo sorprendidos por el dueño que se encontraba en el piso superior y en lugar de marcharse de la casa, le pegan una paliza para reducirle partiéndole el brazo; en este caso ese delito previo se transformará en **ROBO VIOLENTO SE PERJUICIO DE CASTIGAR TAMBIÉN EN CONCURSO LAS LESIONES PRODUCIDAS.** (existe apoderamiento pero aún no ha habido disponibilidad del objeto no habiéndose por tanto perfeccionado el delito).
- ❑ Si en el mismo supuesto anterior en lugar de golpear al dueño de la casa **le pegan un empujón para escapar de la casa , tirándolo al suelo**, habría que distinguir lo siguiente:
 - 1) Por un parte, como viene exigiendo la Jurisprudencia, si la violencia es ejercida es para huir una vez perfeccionado el delito (es decir apoderamiento mas disponibilidad del objeto aún meramente potencial o fugaz) se estaría cometiendo dos ilícitos

penales distintos ROBO CON FUERZA Y FALTA DE LESIONES (u otros).

El problema muchas veces es determinar si se ha producido o no la disponibilidad del objeto.

Así, si en el supuesto anterior se entiende que hasta que la persona o personas no abandonen la casa todavía no han tenido disponibilidad de lo sustraído estarían cometiendo un ROBO CON VIOLENCIA.

El problema o la discusión se plantean si estas personas han estado en el interior de la casa durante tres o cuatro horas sustrayendo objetos y cuando van a salir son sorprendidos por el dueño empujando a éste para escapar.

Habría que entender que estas personas ya han tenido disponibilidad del objeto, aun meramente potencial o fugaz (han incorporado a su ámbito privado los mismos) por el tiempo transcurrido y serían responsables de un ROBO CON FUERZA Y UNA FALTA DE LESIONES o por el contrario hasta que no abandonen la casa no se perfeccionaría dicho ilícito penal, y por tanto esa acción se trasformaría en un ROBO VIOLENTO).

Esta cuestión se ha planteado y discutido pero respecto a las **sustracciones realizadas en grandes almacenes y la problemática de la consumación o no del hecho delictivo**; se produce la consumación y perfeccionamiento del ilícito (apoderamiento más disponibilidad) cuando la persona abandona el establecimiento comercial y supera los controles de la caja o por el contrario si dicha persona ha permanecido durante un espacio de tiempo en el local sustrayendo objetos (a veces siendo observado por cámaras) se entiende que estos ya han sido incorporados a su ámbito de privacidad y por tanto ya se ha producido la consumación de la acción con independencia de que luego sea cogido antes de abandonar dicho establecimiento.

En este caso el propio **TS** en distintas sentencias dictadas desde el **año 2001** hasta ahora viene entendiendo que no se “consigue la disponibilidad ni se alcanza la consumación mientras el autor no sale del local con las cosas sustraídas y no supera los controles establecidos...”.

Por tanto en lo que a nosotros nos afecta, si una persona sustrae un objeto de un local y el vigilante del mismo o persona encargada le sorprende (da igual que sea in fraganti o a posteriori por las cámaras) y éste se enfrenta con ellos utilizando violencia o intimidación para impedir que se lo quiten o que lo entregue antes de superar los controles del local ese hurto se trasformará en un **ROBO VIOLENTO PERO EN GRADO DE TENTATIVA** (en este

caso se beneficia al culpable entender que la consumación también exige salir del local con independencia del tiempo que haya estado en el mismo); si supero los controles de caja y le dices que lo entregue y lo hace (HURTO, DELITO O FALTA); si no lo hace y te golpea y sale corriendo y le coges sin perderle de vista (ROBO VIOLENTO EN TENTATIVA) y si le pierdes de vista y luego le coges (ROBO VIOLENTO CONSUMADO).

Por el contrario, si es observado por las cámaras mientras sustrae objetos y al salir un vigilante le llama la atención, y el autor huye, siendo perseguido por aquél, perdiéndole de vista durante un tiempo y cogiéndole a dos manzanas del local; esta conducta ya estaría consumada (DELITO O FALTA DE HURTO) y si además, luego se enfrenta con el vigilante y golpea a éste habría cometido otro ilícito penal, en éste caso una FALTA O DELITO DE LESIONES.

TIPO CUALIFICADO Y TIPO ATENUADO DEL ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

Respecto al tipo cualificado el mismo se encuentra recogido en el apartado tercero apartado también modificado con la reforma del Código Penal de 2010) del artículo 242 el cual señala de forma literal:

“Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciera uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren”.

Antes de la reforma, dicho tipo cualificado señalaba que era necesario que dichas armas, además de que se usasen, se portasen o se llevasen consigo; ahora el tipo penal señala, que lo importante es el uso, con independencia de que se porten o no se porten.

- Para COMETERLO, PROTEGER LA HUÍDA, ATACAR A LOS QUE AUXILIAN A ESTA PERSONA, ATACAR A LOS QUE LE PERSIGUEN.
- Dicha cualificación hace referencia a las ARMAS, distinguiéndose :
 1. **No solo su empleo directo** (pinchazo, disparo...) sino también su exhibición o utilización conminatoria por el riesgo que supone.
 2. Tanto **armas de fuego como las denominadas “blancas”** (cuchillos, hachas, puñales, navajas incluso las de pequeñas dimensiones (STS 54/2001) salvo que sean de miniatura... (STS 31-5-89)...
 3. Respecto a las **armas de fuego** (“aquellas que puedan propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora”... tales como pistolas, revólveres...) algunas **sentencias del Tribunal Supremo** han estimado que las mismas deben ser **idóneas o aptas** para disparar (no que en ese momento se encuentren descargadas) al considerar que dicho subtipo no castiga la intimidación del tipo básico sino un aumento o potenciación del riesgo que corre la víctima por la mayor capacidad

agresiva del autor (STS 1466/98 y 95/2000) **salvo que las mismas pudiesen encuadrarse como medios peligrosos** integrados en el subtipo al estar formadas por materiales duros y compactos (EJ: ARMAS DE FOGUEO, SIMULADAS O ARMAS VERDADERAS INUTILIZADAS) y siempre que estén perfectamente descritos (en este caso en el Atestado) su naturaleza y composición (EJ: ARMA DE FOGUEO CON LAS CACHAS DE ACERO) para ser empleadas como elemento contundente atendiendo en cada caso a las distintas circunstancias (STS 1347/99 no apreció la utilización de un arma simulada como elemento peligroso, aunque se utilizó como maza o martillo, ya que los empleados del banco se encontraban protegidos por cristales de seguridad, lo que en este caso impedía que dicho objeto creara o aumentara la capacidad agresiva del autor.

4. Respecto a los **MEDIOS O INSTRUMENTOS PELIGROSOS**, lo importante como ha reseñado el propio TS es que “sean susceptibles de **aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor** y crear un riesgo para el asaltado disminuyendo su capacidad de defensa...” con independencia de que sean de uso lícito o ilícito o incluso doméstico. Así se han incluido entre otros los sprays de defensa personal, gases irritantes, palos, barras, barrotos... incluso las jeringuillas (STS 1122/2003 entre otras) siempre que lleven incorporada la aguja y los automóviles o ciclomotores.

PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD LIMITADA:

El subtipo agravado recogido en el apartado segundo del artículo 242 es de carácter objetivo, siendo **comunicable al resto de partícipes** siempre y cuando:

1. Tengan **conocimiento de su utilización al tiempo de la acción**
2. Siendo **independiente quien porte el arma**(a diferencia de lo que ocurre con la Tenencia Ilícita de Armas Prohibidas, bien del artículo 563 o 564, al tratarse de un delito de “propia mano” salvo supuestos excepcionales de tenencia compartida). Posteriormente en la casuística policial se analizará la misma.
3. Lo importante es el uso (incluso de forma intimidante) de ese arma o instrumento peligroso **CON INDEPENDENCIA DE QUE SE PORTE O SE COJA DEL SUELO O DE OTRO LUGAR.**

TIPO ATENUADO DEL ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN

Recogido en el apartado tercero del artículo 242 el cual señala lo siguiente:

“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”.

Por tanto habrá que tener en cuenta (en este caso se valorará en Sede Judicial) los siguientes aspectos:

- Se atenderá a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas valorando las restantes circunstancias del hecho.
- Facultad discrecional del Juez o Tribunal, atendiendo al principio de proporcionalidad.
- Se ha aplicado incluso en el supuesto del 242.2 (“ uso de armas e instrumentos peligrosos) si el uso del arma sólo ha supuesto una mera exhibición no acentuadora o agravatoria de la peligrosidad y lo robado es ínfimo siempre teniendo en cuenta otras circunstancias del hecho así como el contexto en que se produjo
(EJ: sustracción de 7 euros con una navaja).
- No se aplicó en STS 1076/99 donde una persona que decía tener el SIDA amenazó con clavar una jeringuilla hipodérmica si no le daba el dinero aunque en ningún momento exhibió la aguja.

CONCURSOS CON OTROS TIPOS DELICTIVOS:

- **CON TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS (Art. 563 y 564 CP);** por tratarse de bienes jurídicos cuya protección es distinta (uno el patrimonio y otro el peligro para la comunidad).

En este caso, a diferencia de lo explicado en el Robo con Violencia respecto al principio de accesoriedad limitada y su comunicabilidad al resto de partícipes, el acuerdo sobre las armas, si uno de ellos no ha tenido la posesión directa o inmediata de la misma, no es aplicable al resto, salvo supuestos probados de tenencia compartida (EJ: Dos personas que van a robar en una gasolinera con una escopeta recortada y durante una semana cada uno ha tenido y ha guardado la misma en su domicilio hasta el día de la fecha).

- **CONCURSO CON ALLANAMIENTO DE MORADA:**

Con la reforma del Código Penal de 2010 el Robo con Violencia o Intimidación ya NO VA A CONCURSAR CON EL ALLANAMIENTO DE MORADA (ARTÍCULO 242.2) Y ABSORBERÁ ÉSTE, AL IGUAL QUE OCURRE CON EL ROBO CON FUERZA.

- **CON DETENCIÓN ILEGAL** siempre y cuando la privación de libertad exceda de modo notorio del tiempo necesario para realizar el despojo o la sustracción, como así ha señalado en TS en distintas sentencias destacándose entre otras la 501/2004.
EJ: Si entro en casa de una persona y le sustraigo un objeto intimidándole con un cuchillo y a continuación, para seguir sustrayendo cosas de la casa, le ato y le encierro en una habitación durante varias horas, para evitar que escape o llame a la policía.
- **COMPATIBLE EL ROBO VIOLENTO/ INTIMIDACIÓN CON LA AGRAVANTE GENÉRICA DE ABUSO DE SUPERIORIDAD (22.2):**

Así en STS de 664/2002, se condenó al acusado que empujó violentamente a un invidente en un puesto de la ONCE haciéndole perder el equilibrio para quitarle la cartera y se aplicó dicha agravante junto al Robo Violento.

CASUÍSTICA DE APLICACIÓN POLICIAL:

1. **Pedro sustrae la cartera a Juan dándole un empujón; ROBO VIOLENTO.**
2. **Pedro sustrae la cartera a Juan al descuido, éste se da cuenta le sigue sin perderle de vista y cuando le va a dar alcance Pedro se gira y le golpea con el codo (ROBO VIOLENTO, que comenzó siendo un hurto y se ha transformado en este ilícito atendiendo a lo explicado anteriormente de la utilización de violencia antes de la perfección (disponibilidad) del hecho delictivo.**
3. **Pedro sustrae la cartera a Juan intimidándole con un cuchillo, un palo... el cual llevaba encima ; ROBO VIOLENTO AGRAVADO POR LA CIRCUNSTANCIA 2 DEL ARTICULO 242.2.**
4. **Pedro sustrae la cartera a Juan al descuido, éste se da cuenta le sigue sin perderle de vista y cuando le va a dar alcance Pedro coge una piedra o un palo que hay en el suelo intimidándole para que deje de perseguirle; ROBO VIOLENTO CON LA APLICACIÓN DE LA AGRAVANTE 242.2 (ahora da lo mismo que lo porte o lo lleve encima, lo importante es que lo use).**
5. **Pedro sustrae la cartera a Juan al descuido, éste se da cuenta le sigue pero le pierde de vista durante 5 minutos; al encontrarlo de nuevo y cuando le va a dar alcance, Pedro coge una piedra o un palo que hay en el suelo intimidándole y diciéndole que le va a matar para que deje de perseguirle; DELITO DE HURTO (disponibilidad potencial o fugaz en este caso del objeto) JUNTO A UN DELITO DE COACCIONES (ART.172) o AMENAZAS (ART.169).**
6. **Pedro sustrae a Juan la cartera mediante la utilización de una escopeta recortada; DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA AGRAVADO POR LA CIRCUNSTANCIA 242.2 EN CONCURSO CON TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS DE FUEGO (bien el art. 563 o el 564).**
7. **Pedro y Luis sustraen a José la cartera mediante la utilización de una navaja pero sólo Pedro hace uso de la misma; ambos cometen UN ROBO VIOLENTO Y LA AGRAVACIÓN SE APLICA TAMBIÉN A AMBOS (principio de accesoriadad limitada); si se tratara de un arma de fuego y al haberla utilizado solo uno de ellos(Pedro) ambos cometerían también un ROBO VIOLENTO AGRAVADO, pero la TENENCIA ILÍCITA (caso de haberla) únicamente se aplicaría a Pedro (delito de propia mano, salvo supuestos de tenencia compartida).**
8. **Pedro sustrae a José la cartera mediante la exhibición de un arma de fuego de fogueo o simulada:**
 - a) Cometería evidentemente un robo violento.
 - b) La aplicación de la agravante específica (242.2) vendría condicionada a que la misma pudiese haber sido utilizada como instrumento peligroso; en este caso si sólo la exhibe pero el arma no es idónea para disparar no se aplicaría al no incrementar el riesgo potencial de la víctima.
 - c) No se aplicaría la TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS DE FUEGO.
 - d) Los apartados b y c, muchas veces o la mayor parte, se van a determinar en sede judicial; así puede ocurrir que no sepamos si ese arma de fuego es buena hasta que no sea analizada por balística o científica; así si se demuestra posteriormente que ese arma estaba

inutilizada, aunque nosotros hayamos imputado un delito de robo violento más otro de tenencia ilícita, en sede judicial sólo se imputará al autor de dicho hecho delictivo un robo violento, en este caso sin la aplicación del tipo cualificado.

9. **Pedro le dice a José con palabras amenazantes que le entregue la cartera y que en caso contrario y si no accede le va a pegar un tiro con una pistola que efectivamente lleva escondida entre la ropa pero sin mostrársela en ningún momento a la víctima; ROBO VIOLENTO SIN LA AGRAVACIÓN DEL 242.2 (no la usa en ningún momento ni la muestra ni la exhibe) con independencia que esta persona cometa una TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS DE FUEGO.**
10. **Supuesto anterior, pero dicha persona no lleva consigo ningún arma, si bien le amenaza diciéndole que como se resista y no le entregue la cartera le va a pegar un tiro con una pistola que lleva escondida entre la ropa; ROBO CON VIOLENCIA SIN LA AGRAVACIÓN DEL ARTICULO 242.2**

DE LA EXTORSIÓN

Se analizará dicho tipo penal sobre todo a efectos de su diferenciación con el delito de Robo con Violencia e Intimidación del cual participa en algunos elementos comunes.

Recogido en el Capítulo III del CP en su artículo 243 el cual señala:

“El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”.

ELEMENTOS:

- ÁNIMO DE LUCRO**
- VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN**
- REALIZACIÓN U OMISIÓN DE UN ACTO O NEGOCIO JURÍDICO.**
- PERJUICIO PATRIMONIAL SUYO O DE UN TERCERO.**

El **objeto material** de la acción ya no es la escritura pública o documento; es el **acto o negocio jurídico** (conceptos mucho más amplios que los anteriores).

Se introducen, expresamente, como elementos internos del delito, el **ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial**, elementos que indican, inequívocamente, el carácter **económico** de la figura.

El **bien jurídico** protegido es el **patrimonio**.

La modalidad comisiva (**violencia o intimidación**) implica la lesión de otro bien jurídico fundamental: **la libertad de las personas**, pues arremete a éstas en su

facultad y derecho de decidir espontánea o libremente, siendo por tanto un delito **PLURIOFENSIVO**.

“**Obligar**” consiste en hacer que alguien se comporte en contra de su voluntad, (u “**omitir**”, **que no haga**) con independencia de los medios utilizados, los cuales han de ser realizados evidentemente mediante el empleo de **violencia o intimidación**

Acto jurídico es el hecho o comportamiento (acción u omisión) que emana a procede de la voluntad humana y que en el devenir diario va a producir efectos jurídicos. (Ej.: firmar un cheque, retirar una demanda procesal).

Negocio jurídico, son actos de autonomía privada por los cuales va a surgir una relación o situación jurídica, obligatorias para el autor o autores de tales actos (Ej.: la celebración de un contrato).

Evidentemente los efectos jurídicos han de afectar, en exclusiva, a bienes, valores, derechos, de carácter **patrimonial**. El patrimonio, susceptible de ser **perjudicado**, podría ser el del violentado o intimidado **o el de un tercero**. Los bienes afectados pueden ser **muebles o inmuebles**, ya sean materiales o derechos (de autor, de propiedad industrial...)

No van a existir límites de valor económico respecto al perjuicio, **siendo delito en todo caso con independencia del perjuicio causado**.

Por **perjuicio patrimonial** ha de entenderse la **disminución económica** con relación al conjunto de los bienes, jurídicamente protegidos, de una persona, la cual deberá ser apreciable **PERO NO NECESARIAMENTE SER MONETARIA**.

Solo es posible el **dolo (NO CABE LA IMPRUDENCIA)** junto la exigencia del **ánimo de lucro** (elemento subjetivo del injusto).

- **CONSUMACIÓN:**

Al tratarse de un delito de **resultado cortado o tendencial**; el tipo se perfeccionará con la **realización u omisión** del acto jurídico **no siendo necesario que se consiga el lucro ambicionado ni se perjudique** al sujeto pasivo pero si se debe tener dicha intención.

Es posible **la TENTATIVA** si realizados todos los actos tendentes a producir el tipo delictivo este no se produce por causas independientes a la voluntad del autor (ej.: **a pesar de la violencia o la intimidación no se consigue que la víctima realice u omita el acto o negocio jurídico; firme una escritura, realice un traspaso bancario...**).

- **CONCURSO CON OTROS DELITOS:**

Como se recoge en el propio artículo 243 la pena podrá imponerse **“sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”**.

Ej.: Manuel obliga a Luis, utilizando medios violentos, a redactar un contrato por el que le cede la mitad de una propiedad, y como consecuencia de la violencia ejercida le fractura dos costillas y el brazo derecho. (**EXTORSIÓN Y DELITO DE LESIONES**); e incluso con **delito de amenazas condicionales (Art. 169,1º CP.)**, cuando estas amenazas se producen no como medio de intimidación para conseguir la realización u omisión del correspondiente acto o negocio jurídico, sino después de haber sido alcanzado tal propósito. (**EJ: Manuel le dice a Luis que como diga algo a alguien de la extorsión realizada o acuda a la Policía matará a su hija de 13 años**).

• **DIFERENCIAS CON EL ROBO, LA AMENAZA CONDICIONAL (169.1) Y SU APLICACIÓN POLICIAL (CASUÍSTICA).**

En vista a lo anteriormente expuesto podemos señalar que estamos ante un tipo especial de robo (participa en algunos elementos del mismo, como son la violencia o intimidación y el ánimo de lucro) pero éste se tipifica de forma independiente o autónoma.

Sus diferencias principales radican:

1. Mientras que en el **robo, se obliga al violentado o intimidado a entregar algo directamente en el acto** (O ME ENTREGAS LA CARTERA O TE MATO; O ME ENTREGAS EL BOLSO QUE LLEVAS O MATO A TU HIJA QUE TE ACOMPAÑA O ME ENTREGAS LA CARTERA O PASADO MAÑANA MATO A TU HIJA ...) en la extorsión se le obliga a hacer u omitir algo, con apariencia de acto o negocio jurídicamente relevante, como medio para causar perjuicio patrimonial al sujeto pasivo o a un tercero (ej.: le intimida con una pistola para que firme la cesión de una propiedad a su nombre o realice una transferencia bancaria a una cuenta suya).
2. En el **robo con violencia o intimidación NO CABE LA OMISIÓN** como si ocurre en la extorsión (ej.: Manuel le pega una paliza a Luis para intimidarle con el fin de que no firme las escrituras de una propiedad y así poder quedarse con la misma éste a un precio inferior).l
3. El Robo con Violencia e intimidación **NO EXIGE INTENCIÓN DE PERJUICIO PATRIMONIAL**, ya que de lo contrario entraría en juego el delito de Extorsión.
4. En caso de duda de este tipo con el robo violento se aplicaría por el **principio de especialidad la extorsión (8.4, concurso de leyes)**. Así lo han entendido varias ST donde destaca la dictada por el TS (1050/98) que calificó este tipo penal al entender que tras las violencias ejercidas la víctima acepto pagar, y los sujetos activos le hicieron redactar y firmar un papel donde cedía a su madre los derechos sobre el vehículo, procediendo a continuación a quitarle su cartera quedándose a cuenta un cierto dinero; si bien en algunas otras, a destacar la STS1982/94, de

15-11, donde los acusados, en acción conjunta y mediante la exhibición de armas de fuego, lograron que un Notario les extendiese un talón de su cuenta corriente para ser cobrado en un banco, que no fue atendido por ésta al ser presentado al cobro; se calificó como ROBO CON VIOLENCIA EN GRADO DE TENTATIVA, al considerar que el objeto del delito era el dinero que representaba el cheque o talón y no la entrega o el otorgamiento de un documento en sí como acto o negocio puramente jurídico.

A veces dicho tipo delictivo presenta similitudes o se confunde con el delito de **AMENAZAS CONDICIONALES** (con independencia de que dicha condición sea o no lícita) **LUCRATIVAS DEL ARTICULO 169.1**. De hecho muchas veces lo que se califica como delito de extorsión ("**o me entregas 3000 euros en 10 días o de lo contrario mato a tu hija**") es en realidad una amenaza condicional lucrativa. (el tipo exige que se trate de un acto o negocio jurídico).

Por tanto la diferencia principal existente con el delito de AMENAZAS CONDICIONALES (169.1) estribaría en que en la extorsión exigiría una **INMEDIATEZ EN EL COMPORTAMIENTO DEL SUJETO ACTIVO (violencia o intimidación directa o inmediata a la víctima)** frente a las primeras donde se amenazaría con algo más o menos próximo o futuro pero no inmediato.

EJEMPLOS Y CASUÍSTICA:

- Le pega una paliza (VIOLENCIA) para que firme el contrato de cesión o le traspase un vehículo a su nombre;** consumándose el tipo cuando la víctima realice el acto o negocio jurídico con independencia que luego el autor se lucre o no del mismo.(**EXTORSIÓN**)
- O firmas el contrato de cesión de compraventa (ahora) o te rompo el brazo;** aquí nos encontraríamos ante un delito de **extorsión (INTIMIDACIÓN DIRECTA** para que en ese momento realice dicha acción).
- O firmas ahora el contrato de cesión de compraventa del piso a mi nombre o dentro de tres días mato a tu hija;** nos encontraríamos de igual modo ante un delito de extorsión pues si bien el mal con el que se amenaza es algo futuro (la muerte de su hija) ésta ya estaría actuando de modo intimidatorio directo en dicho sujeto pasivo para que realizase la firma.
- O firmas el contrato de cesión de compraventa del piso a mi nombre en 10 días o de lo contrario mataré a tu hija (AMENAZA LUCRATIVA CONDICIONAL 169.1)** aquí ya existe una amenaza, un mal, el cual es futuro más o menos próximo (10 días para que realice lo solicitado ya que si no matará a su hija); **no hay una intimidación directa y real** por parte del sujeto activo conminándole a que realice la

acción; sería **extorsión si hubiese dicho lo siguiente: “ O firmas el contrato de cesión de compraventa en 10 días o de lo contrario mato a tu hija”** ya que en este la intimidación es directa y real del sujeto activo a la víctima (“ mato a tu hija”) para que realice lo solicitado aunque sea en 10 días.

DEL ROBO Y HURTO DE USO DE VEHÍCULOS:

Dicho tipo delictivo se encuentra recogido en el Capítulo IV del vigente Código Penal en su artículo 244 el cual señala:

1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, 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.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

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 cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del artículo 242.

Respecto a su análisis podemos destacar las siguientes notas características:

- Sujeto Activo:** Podrá ser cualquier persona; **Sujeto Pasivo:** Podrá serlo tanto el propietario, poseedor o el detentador del uso de dicho vehículo a motor o ciclomotor.
- El tipo penal recoge los verbos “**SUSTRAER” O UTILIZAR**; por tanto se incluye:
 - a) A quien lo usa sin haber tomado parte en la sustracción pero teniendo conocimiento su ilícita procedencia; ej.: **se detiene a 3 personas en el interior de un vehículo el cual ha sido sustraído , con el fin de utilizarlo, tan solo por uno de ellos pero el resto tenía conocimiento de dicha sustracción**

A efectos policiales nosotros vamos a proceder a detener (o por lo menos a dar cuenta o imputar) a todos los que se encuentren en el interior del mismo por mucho que digan que no sabían que el coche había sido sustraído y luego en sede judicial se determinará si era así o no.

b) Incluye los casos de uso sin autorización del dueño existiendo abuso de confianza o mediante engaño; ej.: **un compañero de piso me pide que le deje el coche último modelo que me he comprado para el fin de semana y yo me niego; el sin mi consentimiento, aprovechando que no estoy en casa coge las llaves de dicho vehículo lo utiliza para ir a una fiesta y luego me lo devuelve.**

Anteriormente a dicha reforma operada en el año 2003 sólo se incluía en el tipo penal la palabra “sustracción” no la posterior utilización; por tanto había situaciones que eran difícilmente subsumibles en dicho precepto y a veces devenían en conductas atípicas o castigadas a través de otro ilícito penal (apropiación indebida; en doctrina seguida por el TS hasta dicha reforma). Así el que utilizaba un vehículo a motor previamente sustraído si haber tomado parte en la misma cometía un delito de apropiación indebida si se probaba el ánimo de incorporarlo a su patrimonio; si el uso era temporal esta conducta devenía en atípica.

- ❑ Debe tratarse de un **VEHICULO A MOTOR O CICLOMOTOR AJENOS**; por tanto la sustracción de una bicicleta o aquellos artefactos que no tienen esta consideración o que están catalogados como vehículos especiales por la Ley de Tráfico no se incluirían en el tipo; ej.: **si se sustrae una bicicleta con ánimo de utilizarla y se devuelve a la hora o al tiempo que sea esta conducta sería atípica, otra cosa es que la sustraiga con ánimo de apropiársela y que no la devuelva ya que en este caso cometería un delito de hurto.**
- ❑ **SIN AUTORIZACIÓN**; evidentemente si se realiza de forma autorizada no se incurriría en ningún ilícito penal
- ❑ **SIN ANÍMO DE APROPIARSELO**; este es el **elemento esencial** de dicho tipo delictivo; siendo indiferente el fin para el que se utilice, bien para disfrute propio o ajeno, bien para la comisión de un hecho ilícito. El ánimo es de usar (“**IUS UTENDI**”, es decir disponibilidad de usar), por lo que no existe animo de lucro como en el robo ni hurto ni por tanto tampoco apoderamiento o sustracción de la cosa en sentido estricto.
- ❑ **EXCEDA DE 400 EUROS**; dicho límite opera al objeto de diferenciar dicho tipo penal de la falta recogida en el artículo 623.3 (posteriormente en la casuística se analizara la misma). Así a diferencia de lo que ocurre en el delito de robo con fuerza o en el violento donde no es posible la falta, aquí si se dan todos los requisitos del tipo (vehículo a motor o ciclomotor, ánimo de usarlo, sin autorización...) si existiría la falta de hurto de uso, la falta de robo de uso e incluso pudiese darse “técnicamente” la falta de robo de uso con violencia e intimidación. (Lo expuesto se analizará posteriormente).
- ❑ **lo restituya en PLAZO NO SUPERIOR A 48 HORAS, ya sea directamente o de forma indirecta).** Entienden los tribunales, y recoge el tipo penal, que una vez transcurrido las 48 horas, existe ya ánimo de lucro, y por tanto animo de apropiarse de dicho vehículo a motor o ciclomotor, y dicha conducta en lugar de castigarse como hurto de uso o robo de uso, se castigará como delito de hurto o delito de robo con fuerza. **Ej.: Si yo sustraigo una motocicleta valorada en 1000 euros que esta candada a una farola con ánimo de usarla y la devuelvo a las 50**

horas habrá cometido no ya un delito de hurto de uso sino un delito de hurto.

El tipo dice bien directa (Ej.: se entrega al propietario dicho vehículo, o se deja en el lugar donde estaba...) o bien de forma indirecta (en un lugar próximo a donde lo tenía el propietario o de fácil localización; esto evidentemente no es dejarlo a 3 o 4 Km. o un lugar que se encuentra a una o dos horas del lugar donde fue sustraído o abandonado en la vía pública, a su suerte, en un lugar totalmente ignorado por su dueño.)

- Si hecho se ejecutase con fuerza en las cosas se impondrá la pena en su mitad superior (a la del tipo básico);** para su aplicación se debe atender a lo recogido en el artículo 237 referente al delito de robo con fuerza que señala que debe ser para “ acceder” (**fuerza “ad rem”**) y no sobre la cosa misma(“ **in re**”); así hacer el puente a un coche que estaba abierto no será fuerza en las cosas al no acceder a nada y al realizar la fuerza sobre la cosa misma y por tanto no se aplicaría la agravante (posteriormente se analizará lo expuesto en la casuística policial así como diversas interpretaciones que realizan algunas secciones de algunos tribunales, sobre todo en la zona del sur de España, tales como Cádiz o Sevilla, sobre la utilización de la “fuerza” empleada para la sustracción del vehículo a motor.)

- Si hecho se comete con **violencia o intimidación en las personas** se imponen las penas de éste (244.4) sin perjuicio de las que pudieran corresponder por las violencias ejercidas (concurso con otros tipos delictivos); así nosotros desde el punto de vista policial procederemos a imputar o detener por un delito de robo con violencia e intimidación, en el momento en que exista ésta, **con independencia en éste caso del tiempo transcurrido** (en este supuesto no se tiene en cuenta el límite de 48 horas como en el hurto de uso y el robo de uso) si bien en sede judicial, si se comprueba que el ánimo de esa persona era usarlo y no apropiárselo, al autor del mismo se le castigara como autor de un delito de robo de uso con violencia e intimidación con las penas de éste (244.4).

- Tipo evidentemente doloso** donde no es posible la imprudencia.

- Consumación:** en esta infracción de uso la **consumación** se producirá cuando el que sustrae o utiliza sin la debida autorización se encuentre en situación de poder utilizar el vehículo: “**disponibilidad de uso**”; por tanto se consumará en el momento en que se arranca y pone en marcha el automóvil, aunque sólo se circule unos metros (S. 11-12-90); será posible la **tentativa** si se realizan actos encaminados directamente a poner en marcha el vehículo. (“ **hacer el puente**”)

PROBLEMÁTICA DE LA FALTA DE USO CON FUERZA Y CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN.

Como se ha expuesto anteriormente en los delitos de robo con fuerza y robo con violencia intimidación NO VA A EXISTIR LA FALTA, con independencia del valor

de lo sustraído o con independencia de que éste supere o no el límite de 400 euros utilizado en otros tipos penales.

Sin embargo en el tipo penal que analizamos si será posible (y así lo recoge el propio código penal en su artículo 623) siempre y cuando se diesen todos los requisitos del mismo; hecho un tanto curioso sobre todo cuando se utiliza violencia o intimidación en las personas.

Así el artículo el **623.3** señala lo siguiente:

“Los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.

Si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. Si se realizara con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el artículo 244”.

FALTA DE ROBO DE USO CON FUERZA EN LAS COSAS.

EJ: Si yo sustraigo un ciclomotor valorado en 200 euros que se encuentra en un garaje (**fuerzo éste para entrar**) **con ánimo de usarlo (no de apropiármelo)** durante dos horas (o incluso más de 48 horas, pues en la falta no se recoge dicho límite, el cual si es aplicable al tipo penal recogido en el artículo 244 a efectos de pena) y transcurridas éstas lo devuelvo al mismo sitio cometería una falta de robo de uso y al haber utilizado fuerza en las cosas (en este caso para acceder al garaje) se penaría en su mitad superior.

Dicha falta si es aplicable; así lo han entendido los tribunales. Pero será de aplicación sobre todo en sede judicial, ya que nosotros en la actuación policial, en el momento en que exista fuerza en las cosas para acceder (ejemplo visto antes o similar) procederemos a detener o imputar como un delito de robo con fuerza (no vamos a saber que ánimo tenía esa persona, si era para usarlo o para apropiárselo) y luego será el Juez el que aplicará ésta si se demuestra que dicha persona tenía la intención tan solo de usar dicho ciclomotor o vehículo a motor que valía menos de 400 euros

FALTA DE ROBO DE USO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN (supuesto que “técnicamente” podría ocurrir, si bien como veremos posteriormente, nuestra actuación policial será totalmente diferente a lo señalado en dicho precepto, y actuaremos como un robo con violencia e intimidación).

EJ: Si un “yonqui” le pega un puñetazo a un persona y le sustrae una motocicleta valorada en 300 euros para ir a “pillar” droga (con el ánimo de usarlo no apropiársela) y a las 2 horas se la devuelve, estaría cometiendo, si nos atenemos a lo preceptuado en el artículo 623.3 **una falta de robo de uso con violencia e intimidación**, pues así viene recogido en dicho artículo y se dan todos los requisitos requeridos (ánimo de uso, no apropiación, violencia o intimidación y valor inferior a 400 euros, y siempre que no se diesen los requisitos para proceder a la detención

por faltas (Art.495 LEC)), si bien la pena a imponer (la imponen los jueces no nosotros) será la del robo violento (artículo 242)

A pesar de lo expuesto anteriormente, nuestra **actuación policial diferirá de lo señalado** y en los casos en que se produzca violencia o intimidación actuaremos como si se tratase de un robo violento con independencia de que el valor no supere los 400 euros o el ánimo haya sido de usarlo (nosotros en la calle lo vamos a obviar, ya que muchas veces o la mayoría no vamos a saber el ánimo que tenía esa persona); esto se probará o deberá probarlo el autor en sede judicial (de igual forma ocurrirá con la falta de robo de uso).

Respecto a dicho precepto se ha pronunciado el TS en varias ocasiones (si bien se trata de sentencias “ antiguas” de los años 99 y 2001) manifestando y afirmando que en el momento en que se produce violencia o intimidación nos encontraremos ante el tipo delictivo de robo violento .(“**Apoderarse de una cosa mueble por la fuerza en las personas o mediante intimidación en nuestro CP siempre es delito, nunca falta: así lo requiere la gravedad del ataque a la persona que existe siempre en estas infracciones. Y todo este razonamiento es aplicable al caso de robo de uso de vehículo en la modalidad de su realización mediante violencia o intimidación en las personas del art. 244.4 aplicado en el caso presente**”). Si bien una vez leídas y analizadas dichas sentencias la explicación dada por el TS tampoco es muy clara ni plausible, ya que no distingue claramente que nos encontramos ante dos tipos penales diferenciados por lo sería preferible, para evitar confusiones la eliminación o reforma de dicho artículo (623.3).

CASUÍSTICA

1. Si sustraigo una **bicicleta que está candada a una farola** (fracturo el candado) **con ánimo de utilizarla y la devuelvo pasadas tres horas**; en este caso la conducta será **atípica** al no tratarse de un vehículo a motor o ciclomotor como exige el tipo, la fuerza utilizada es sobre la cosa misma (“fuerza in re”, no accedo a nada) y mi ánimo es usar, no apropiármelo ya que de lo contrario cometería un delito o falta de hurto atendiendo al valor de dicho objeto.
2. **Si sustraigo una bicicleta que se encuentra en un garaje, cuyo valor asciende a 2000 euros, con ánimo de usarla y la devuelvo** posteriormente, dicha conducta al igual que la anterior sería **atípica** (sin perjuicio de castigar los daños producidos en el garaje si se han producido); si es con ánimo de apropiártela se cometería un delito de robo con fuerza (fractura de la puerta del garaje para acceder).
3. Sustraigo una motocicleta que esta candada a una farola cuyo valor son 500 (fracturo el candado) con ánimo de usarla y la devuelvo a las 50 horas; en este caso cometería un **delito de hurto** (la fuerza ejercida es sobre la cosa, sobre el candado, fuerza “in re” por eso no es robo con fuerza) y ya no un delito de hurto de uso al haber transcurrido más de 48 horas. (el límite de 48 opera, como entienden los tribunales y el propio tipo penal, para determinar si existe ya o no ánimo de lucro).

4. Sustraigo una motocicleta que esta candada a una farola cuyo valor son 350 (fracturo el candado) con ánimo de usarla y la devuelvo a las 25 horas (incluso si supera las 48 horas, pues en la falta no viene recogido dicho límite temporal como ocurre en el tipo penal) en este caso cometería una **falta de hurto de uso**; si mi ánimo es de apropiación cometeré una falta de hurto. (esto muchas veces se determinará en sede judicial y nosotros policialmente actuaremos como falta de hurto y no como falta de hurto de uso).
5. Sustraigo una motocicleta que se encuentra en el interior de un garaje (fracturo puerta entrada) cuyo valor asciende a 500 euros con ánimo de usarla y la devuelvo a las 30 horas cometería un **delito de robo de uso si bien la pena a imponer sería mayor a la del tipo básico (pena en mitad superior) si el valor fuera inferior a 400 euros se trataría de una falta de robo de uso**; si el garaje se encontrase abierto y se sustrae con ánimo de usarla se cometerá un delito de hurto de uso (si transcurren las 48 horas ya se castigará conforme al delito de hurto siempre que el valor del objeto supere los 400 euros) o una falta de hurto de uso (si el valor de la moto no supera los 400 euros con independencia de que la devuelva antes de las 48 horas).
6. Sustraigo una motocicleta valorada en 800 euros a punta de navaja, con ánimo de usarla y la devuelvo a las 14 horas o pasadas 50 horas (al utilizar violencia o intimidación es indiferente el plazo de entrega de 48 horas) cometeré “ técnicamente” un **delito de robo de uso con intimidación** si bien se castigará con las penas del robo violento recogido en el artículo 242 (si mi ánimo es apropiarme de la moto cometeré un delito de robo con intimidación que en este caso tendrá la misma pena; como se aprecia lo único que cambia es la calificación del hecho delictivo). **Nosotros en la actuación policial en el momento en que exista violencia o intimidación procederemos a detener o imputar como un robo violento con independencia de la cuantía del vehículo a motor o ciclomotor y el tiempo o plazo de entrega.**
7. Un “ yonki” le quita la moto a un pizzero a punta de navaja, valorada en 200 euros, se va a “ pillar” droga y una vez conseguida la devuelve (“animo de usarla”) siendo independiente que lo haga antes o después de las 48 horas (en las faltas no se recoge dicho límite temporal); en este caso cometerá “ técnicamente” y atendiendo a lo recogido en el Código Penal en su artículo 623 una **falta de robo de uso con violencia o intimidación** si bien la pena a imponer será la constitutiva al robo violento (242). Esta falta no se aplica; así lo entienden los tribunales y el TS; en el momento en que exista violencia o intimidación no existirá la falta y procederemos como robo con violencia e intimidación.
8. Fuerzo la puerta de entrada de un coche(con una ganzúa) el cual se encuentra en la vía pública y que está cerrado, y le hago el “ puente” para llevármelo con el fin de usarlo para ir un pueblo aldeaño; cometería **un delito de robo de uso**; si transcurriesen más de 48 horas, cometería **un delito de robo con fuerza**

Lo expuesto anteriormente ha sido objeto de discusión y de aplicación diversa en distintos tribunales sobre todo del sur de España (en algunas secciones de

Cádiz y Sevilla) los cuales en el supuesto anterior, si el vehículo se encuentra en la vía pública cerrado y se fuerza para acceder a su interior realizando a continuación el puente para llevárselo con ánimo de usarlo, se cometería **NO UN DELITO DE ROBO DE USO SINO UN DELITO DE HURTO DE USO** al entender que con la fuerza ejercida para entrar al vehículo y realizar posteriormente el puente no se “accede” a nada (no se dan los requisitos o circunstancias exigidas para el robo con fuerza) sino que existe una fuerza “in re” sobre la cosa misma. En otros tribunales (por ejemplo Madrid) entienden que si el coche está cerrado y en la vía pública y se fractura la puerta de entrada o se abre con una ganzúa y a continuación se realiza el “puente” para llevártelo se cometería un robo con fuerza (aquí entienden que existe una fuerza ejercida para acceder al coche con el fin de llevártelo) si bien si luego se determina que era para usarlo (“ius utendi”) y se devuelve antes de las 48 horas se cometerá un delito de robo de uso.

- 9.- Atendiendo a lo expuesto anteriormente si hago el puente a un coche (cuyo valor es superior a 400) el cual se encuentra en la vía pública abierto con el fin de usarlo, esta conducta será constitutiva de un **delito de hurto de uso** (en este caso no se accede a nada, pues el vehículo se encontraba abierto y la fuerza ejercida para realizar el puente se considera “in re”, es decir sobre la cosa misma). **Si trascurren más de 48 horas, esa conducta se transformará en un delito de hurto.**
- 10.-Si el vehículo (valor superior a 400 euros) se encuentra en el interior de un garaje y fuerzo éste para entrar y llevármelo con ánimo de usarlo (con independencia que el vehículo esté cerrado o no) cometeré un **delito de robo de uso** (he forzado la puerta del garaje para acceder a éste y sustraer un vehículo); si trascurren más de 48 horas y no lo devuelvo cometeré y se castigará como un delito de robo con fuerza.
- 11.-Si el garaje se encuentra abierto y realizó el “puente” a un coche que se encuentra en su interior (valorado en más de 400 euros) también abierto para llevármelo con el fin de usarlo cometeré un **Delito de Hurto de Uso**; si no lo devuelvo antes de las 48 horas marcadas en el tipo penal, cometeré un delito de hurto.

ACTUACIÓN POLICIAL:

Hay que señalar que con lo expuesto anteriormente se pretende diferenciar unos tipos penales respecto a otros, en este caso el Delito de Robo, sea con fuerza o con violencia frente al delito de uso en sus diferentes modalidades.

Si bien en nuestra actuación policial diaria, la mayor parte de las veces, no vamos a tener en cuenta dicho precepto penal, y vamos a actuar como si se tratase de un delito de hurto, un delito de robo con fuerza o un delito de robo con violencia o intimidación (sobre todo con el tema de las faltas de robo de uso utilizando fuerza en las cosas o utilizando violencia o intimidación en las personas) obviando el “ánimo de uso del autor delictivo” el cual, deberá probarse (deberá probarlo el autor) en sede judicial; será, en todo caso el Juez, quien atendiendo a las circunstancias

concurrentes, y si existió o no ese ánimo de uso o por el contrario una intención de apropiación, quien impondrá un tipo penal u otro.

CONCURSOS DELICTIVOS:

- En el supuesto de que se produjese un **robo con fuerza o violencia y de forma inmediata o simultánea a la comisión de este se realiza un hurto o robo de uso de vehículo**, para facilitar el mismo, completarlo o huir del lugar, se entiende (así lo ha hecho la Jurisprudencia) que al existir una continuidad delictiva entre ambos hechos **NO SE PRODUCIRÍA UN CONCURSO DELICTIVO** (en este caso real) sino que se produciría UN CONCURSO DE NORMAS CASTIGÁNDOSE POR UN ÚNICO DELITO, en este caso el más grave.

- Por el contrario **si no existiese dicha continuidad delictiva** (Ej.: se comete el atraco con apoderamiento y disponibilidad del dinero y a los diez minutos, con el fin de abandonar más rápido el lugar del suceso asaltan a un conductor que circula por la vía pública quitándole el mismo para usarlo con dicho fin) la Jurisprudencia entiende (y así se ha pronunciado) que en este caso **si se produciría un concurso real** entre ROBO CON VIOLENCIA/ INTIMIDAC Y UN ROBO DE USO DE VEHÍCULO CON LAS PENAS DEL ROBO VIOLENTO DEL 244.3 EN RELACIÓN AL 242.

¿QUE OCURRE CON LOS COCHES DE ALQUILER QUE NO SE DEVUELVEN EN EL PLAZO SEÑALADO?

Se ha planteado y analizado dicha cuestión, discutiéndose si dicha conducta podría encuadrarse dentro del ilícito penal recogido en el artículo 244 del vigente código penal (“DEL HURTO Y ROBO DE USO”).

Así la persona que alquila una furgoneta para tres días y cumplido el plazo de entrega no la devuelve, si no que lo hace pasado dos días del estipulado para ello, ¿cometería dicho tipo delictivo, cometería otro o sería por el contrario dicha conducta atípica?

Analizado dicho supuesto y la conducta recogida en el tipo específico (Art. 244) podemos señalar lo siguientes reflexiones y conclusiones:

- Por una parte no sería de aplicación dicho tipo ya que el mismo señala “sustraer o utilizar sin autorización”, sin embargo en este caso la persona está autorizada (por el responsable o empleado de la empresa) aunque lo devuelve fuera del tiempo estipulado (dos días más tarde).
- Por otra parte **tampoco** cometería **apropiación indebida** ya que el tipo señala “ apropiarse de algo que se tiene en su poder en comisión, depósito o administración u otro titulo que imponga la obligación de devolverlo... si excede de 400”, pero

en este caso tampoco ha habido dicha intención de apropiación, ya que lo ha devuelto dos días después.

- ❑ En dicho supuesto **no se respondería penalmente sino de forma civil** (responsabilidad civil al tratarse de un incumplimiento contractual); otra cosa es que no lo devuelva o no tenga intención de hacerlo ya que en este caso si incurriría en un ilícito penal, aplicándose el delito de apropiación indebida recogido en el artículo 252, de mejor encaje legal que el delito de hurto.

DELITO DE DAÑOS: ANÁLISIS Y CASUÍSTICA

Vamos a proceder al análisis del tipo delictivo de daños recogido en el Título IX del vigente código penal centrándonos en los daños cometidos en propiedad ajena (artículos 263 y siguientes) de mayor interés en el ámbito y actuación policial frente al tipo recogido en el artículo 289 del Código Penal que hace referencia a los daños causados en cosa propia y de los cuales se realizará una breve exposición y análisis al objeto de conocer y distinguir el tipo.

Dicho tipo penal también ha sido modificado con la reforma del Código Penal de 22 de Junio de 2010.

El artículo 263 del vigente Código Penal señala lo siguiente:

“El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros.”

ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL DELITO DE DAÑOS EN COSA AJENA:

- ❑ **Objeto:** Tanto un **bien inmueble, como mueble o semoviente** (es decir **animales**) caso este último en que el daño puede consistir tanto en la muerte (Ej.: mata a pedradas a un perro) como en cualquier quebranto de su integridad física (Ej.: rotura de la pata de un perro) siempre y cuando sea económicamente valorable.
- ❑ Para que constituya DELITO, la cuantía del daño ha de exceder de 400 euros, castigándose como FALTA CONTRA EL PATRIMONIO, conforme al **artículo 625**, si no excede de esa cantidad, y estableciéndose una falta de daños de indeterminada cuantía en el **artículo 626**. (**“deslucimiento de bienes inmuebles** que posteriormente se analizará, y que también ha sufrido modificaciones con la última reforma del Código Penal).
- ❑ **Sujeto activo:** podrá ser **cualquier persona** (incluso el poseedor legítimo del objeto; ej.: **Juan rompe unas tijeras de podar que le ha dejado Luís** (siendo éste el propietario de

las mismas) para usarla durante tres días en venganza por un comentario que éste había hecho de él.

NO PODRÁ SERLO EL PROPIETARIO del bien dañado, salvo el supuesto del daño en cosa propia de utilidad social o cultural, recogido en el artículo 289 que posteriormente se analizará.

Sujeto pasivo: ha de ser **el propietario**, en cuanto titular del bien jurídico lesionado, debiendo hacerse dos matizaciones:

1) La primera, que el **perjudicado no ha de coincidir necesariamente con el sujeto pasivo**, el cual puede incluso resultar beneficiado por el delito; ej.: destrucción de un viejo inmueble, situado en una población, cuyos inquilinos resultarán perjudicados al tener que evacuarlo, pero con efectivo beneficio del propietario, que se enriquecerá con la venta del solar.

2) La segunda, conectada con la anterior, es **la exigencia o no de perjuicio en los delitos contra la propiedad y en especial en el de daños**. Ej.: Un viejo caballo, inútil para el trabajo, conservado por el propietario por motivos sentimentales, pero el cual supone una carga su mantenimiento para la unidad familiar; la muerte de éste (si un familiar lo mata) constituirá un delito de daños o falta atendiendo al valor de éste (su valoración económica) y no el perjuicio (en este caso causado al dueño sobre todo sentimental) que podrá ser relevante a efectos civiles y sólo aplicable excepcionalmente a efectos penales en los daños cualificados del artículo 263.2 apartado 5º. (que posteriormente se analizará) referido al supuesto de arruinar al perjudicado o colocarlo en grave situación económica.

DAÑO: El **daño** al que se refiere el Código Penal supone la destrucción o menoscabo de una cosa **independientemente del perjuicio patrimonial que el daño pueda ocasionar**; y se va a castigar atendiendo al valor de la cosa dañada no el perjuicio patrimonial producido que sólo tiene interés para determinar la responsabilidad civil nacida del delito.(**ej.: Si yo rompo y daño el parquet del vecino porque me da la gana habrá que tener únicamente en cuenta para determinar dicho ilícito penal (o la falta) el daño causado en abstracto (ej.: la rotura del parquet una vez valorada asciende a 500 euros) al mismo no el posterior perjuicio patrimonial causado al dueño (ej.: tiene que levantar todo el parquet de la habitación y colocarlo de nuevo lo que le ha supuesto un coste de 2000 euros) el cual se depurará vía civil.**

Se ha planteado (por la doctrina) el problema de si **el daño ha de afectar a la esencia o sustancia misma de la cosa, destruyéndola o deteriorándola, o si incluye también la privación de su disfrute o valor de uso**, conforme al fin a que la destinaba su propietario. (Ej.: dejar en libertad a un pájaro enjaulado, arrojar objetos al mar o borrar una grabación de

video). Se ha aceptado como criterio general un concepto amplio de daño, ya que en determinados tipos agravados de daños, tales como el 265, se recogen conceptos tales “ inutilizarse”; respecto al segundo criterio (“ privación de su disfrute o valor de uso”) también se ha aplicado pero siempre que ésta sea definitiva, de modo que no constituiría daño el poner la cosa provisionalmente fuera del alcance del dueño, por ejemplo, escondiéndola.(**Así se ha apreciado por la Jurisprudencia como daños el caso del arrendatario, que por consumo de agua pagaba al propietario una cantidad previamente establecida y que para perjudicarlo dejaba abierto día y noche un grifo, ocasionándole un gasto treinta veces superior a dicha cantidad ; o quien inutiliza el agua potable del aljibe de un hotel, arrojando una culebra muerta.**)

- En todo caso la cosa dañada debe tener algún valor patrimonial económicamente valorable, porque sólo así puede determinarse la gravedad de la pena y considerarse los daños como un delito contra el patrimonio. **Quedan excluidos de este delito, por tanto, los llamados “daños morales” que sólo son indemnizables por la vía de la responsabilidad civil.**
- TIPO DOLOSO** (si bien posteriormente veremos que es posible la Imprudencia Grave recogida en el artículo 267 del vigente código penal).
- Como **ELEMENTO SUBJETIVO DEL INJUSTO** exige lo que se denomina “**animus damnandi**” es decir intención del sujeto activo de dañar el cual **puede coexistir con el ánimo de lucro** (si bien éste no se configura como un elemento del tipo). Así, pueden ocasionarse daños con el fin de obtener un beneficio económico tales como el filatélico, conocedor de que sólo hay dos ejemplares de un sello, que rompe el de otro, con objeto de revalorizar el suyo; o el taxista que inutiliza el automóvil de un compañero, para aumentar sus ingresos.
- AJENIDAD:** El objeto material es una cosa ajena, salvo el supuesto del daño en cosa propia de utilidad social o cultural, recogido en el artículo 289.
- AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO DEL DUEÑO,** ya que el mismo dará lugar a la atipicidad de la conducta, siempre que el que lo preste tenga capacidad para consentir, actúe libremente y preceda a la acción; así el **otorgado por menores no será válido.** (esto es la regla general, en determinados supuestos cuando se trate de menores habrá que analizar caso por caso, sobre todo atendiendo al grado de madurez de los mismos).

- ❑ Es posible la **COMISIÓN POR OMISIÓN**; por ejemplo, **dejar morir de hambre a un animal**, naturalmente siempre que se den los requisitos exigidos en el artículo 11 del Código Penal. (“Si existe una específica obligación legal o contractual de actuar o si el omitente ha creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico protegido mediante una acción u omisión precedente”).
- ❑ Muchas ocasiones los **daños producidos quedan absorbidos** por otra figura delictiva a los que son inherentes caso del Robo con Fuerza (238) o el delito de Estragos (346) al ser estos tipos delictivos más específicos. (CONCURSO DE NORMAS O LEYES).
- ❑ **GRADO DE EJECUCIÓN**: Se trata de un **DELITO DE RESULTADO**, el cual se va a consumir con el resultado producido, siendo **posible** las formas imperfectas de realización del tipo (**tentativa**); Ej.: Justo cuando voy a romper el espejo retrovisor del coche de mi vecino o pincharle la rueda me sorprende éste o la policía antes de realizar dicha acción.
- ❑ **PERSEGUIBILIDAD**: Se trata de un delito perseguible de **oficio** (al igual que las faltas) con la salvedad, que luego analizaremos, de los daños cometidos por Imprudencia Grave los cuales son perseguibles a instancia de parte.

Como se explico anteriormente también son posibles los DAÑOS EN COSA PROPIA recogido en el Capítulo XII, artículo 289, del vigente código penal el cual señala lo siguiente:

“El que por cualquier medio destruyere, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”.

Tipo, de menor aplicación en el ámbito policial, el cual exige para su aplicación los siguientes requisitos:

- ❑ **BIEN JURÍDICO.-** Se protege la **ECONOMÍA NACIONAL**; es decir el derecho a disfrutar de la utilidad socioeconómica).
- ❑ **SUJETO ACTIVO.-** En este caso será el dueño de la cosa siendo el **PASIVO** los Miembros de la Comunidad.
- ❑ **CONDUCTA.- DESTRUIR, INUTILIZAR O DETERIORAR LA COSA PROPIA** siempre que posea A) UNA UTILIDAD SOCIAL O CULTURAL B) SE SUSTRAGA AL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES IMPUESTOS EN INTERÉS DE LA COMUNIDAD (en su concepción amplia, la generalidad de las personas).

Ej.: Soy el dueño de un cuadro de gran valor el cual se expone en certámenes internacionales representando a España y siendo autorizado por ésta y yo de forma dolosa rompo parte del mismo.

Ej.: Soy el dueño de varios animales (perros) los cuales se utilizan para prevenir catástrofes humanas (o para encontrar a personas desaparecidas caso terremotos o similares) y como considero que no me pagan lo suficiente por la labor que hacen y me cuesta mucho dinero mantenerlos, los mato o los inutilizo para esa labor que tenían encomendada.

- DELITO DOLOSO (animus nocendi o damnandi)** no siendo posible la imprudencia salvo que esta sea grave con los requisitos que se verán cuando se analice ésta.

DELITO DE DAÑOS COMETIDOS POR IMPRUDENCIA GRAVE: Recogido en el artículo 267 del vigente código penal el cual señala lo siguiente:

“Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del artículo 130 de este Código”.

Por tanto los elementos configuradores del mismo y las diferencias con el tipo básico de daños son los siguientes:

- Para que se sean **constitutivos de DELITO** dichos daños cometidos por imprudencia grave deben ser **superiores a 80000 Euros**.
- Si se trata de una **CUANTÍA INFERIOR ó IGUAL** a ésta no existirá responsabilidad penal sino **RESPONSABILIDAD CIVIL**.
- Si se trata de una CUANTÍA SUPERIOR A 80000 EUROS, pero cometidos por IMPRUDENCIA LEVE dicha conducta será ATÍPICA PENALMENTE (NO CIVILMENTE).
- REQUISITO DE PERSEGUIBILIDAD:** A diferencia de los daños cometidos dolosamente que son perseguibles de oficio (como las faltas de daños) aquí es necesario la previa **DENUNCIA** (Instancia parte) bien por el agraviado o por su

representante legal, salvo en el caso de una persona menor de edad, incapaz o desvalida que podrá denunciar MF).

- ☐ Al tratarse de un **DELITO SEMI-PRIVADO es posible el Perdón el cual extinguirá la responsabilidad penal (EN LOS DELITOS PÚBLICOS NO ES POSIBLE)** con las excepciones recogidas en el artículo 130.5 del código penal.

CASUÍSTICA DE APLICACIÓN POLICIAL:

1. Pedro abre la jaula del loro propiedad de Luis cuando éste no está en casa y lo mata; Pedro cometerá en este caso un **delito o falta de daños** atendiendo al valor o precio de dicho animal en el mercado, ya que como vimos anteriormente son posibles los daños causados a los objetos semi-movientes (animales) o bien un delito del artículo 337, que hace referencia al maltrato injustificado de animales causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud.
2. Pedro le pega una patada al perro de Luis causándole una fractura de una pata; cometerá también una **falta o delito de daños** atendiendo a la valoración económica (coste de la cura o reparación de dicha fractura en abstracto); no el posterior perjuicio patrimonial causado al propietario como consecuencia de dicha acción (Ej.: ha tenido que ir varias veces al veterinario para hacerle varias revisiones lo que le ha supuesto un coste de 700 euros) que se depurará vía civil así como los posibles daños morales causados al propietario del perro, o bien un delito del artículo 337, que hace referencia al maltrato injustificado de animales causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud; o en este caso la falta del 632 (maltrato cruel de animales domésticos).
3. Pedro dueño de un animal (perro, gato...) y encargado de su cuidado deja de alimentar a éste durante tres días para darle un escarmiento debido a que se orina en la casa y como consecuencia de ésta conducta el animal fallece o sufre lesiones; Pedro cometería un **delito o falta de daños doloso (si el valor del animal en abstracto, en el mercado no supera los 400 euros) en comisión por omisión (Art.11 CP)** al haber incumplido una específica obligación de actuar (POSICIÓN DE GARANTE); otra cosa sería si Pedro se marcha de vacaciones durante un mes o 15 días (abandona á este) sin que se produzca ningún resultado lesivo ; en este caso se aplicaría la falta del artículo 631.2 (“Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad ...); pero en el momento en que se produzca un resultado lesivo para éstos (a su llegada el perro ha sufrido

lesiones graves por la falta de alimentos y ha muerto) podría responder por un delito de daños en comisión por omisión (Art.11 por dicha posición de garante).

4. Pedro entra en casa de Luis y aprovechando que éste se encuentra en la cocina abre la jaula del loro escapando éste; **COMETE UN DELITO o FALTA DE DAÑOS**, al entenderse por la Jurisprudencia que dicho tipo admite no solo el daño, destrucción o inutilización de la cosa sino también la privación de su uso o disfrute; así para fijar el tipo penal habrá que atender al valor de dicho loro en el mercado (delito o falta) excluyéndose del tipo penal los daños morales (tenía el loro hace 10 años y lo quería como un hijo) que serán objeto de responsabilidad civil.

NOTA ACLARATORIA: En los ejemplos expuestos anteriormente y cuando se trate de **daños causados a animales** hay que realizar las siguientes matizaciones:

Existe un precepto penal recogido en el artículo 337 del vigente código penal (modificado con la última reforma del Código Penal de 2010) que hace referencia al maltrato de animales domésticos (**“El que por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado; no lo será si lo haces para defenderte de un ataque o para evitar un mal de éstos como por ejemplo golpearlo sucesivamente para que deje de morder a un niño o persona que se encontraba tirada en el suelo) causándole la muerte o provocándole lesiones que menoscaben gravemente su salud, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales”**) es decir aquellos usados de compañía que pueden ser objeto de amansamiento (perro, gato, loro...) y están sujetos a la voluntad humana con independencia de que alguno de ellos pueda ser más o menos feroz o dañino (entiéndase por ejemplo el perro) para distinguirlos de los feroces o salvajes (tigres, leones...) los cuales siempre van a ser dañinos y pese a que a veces pueden ser objeto de domesticación o amansamiento como regla general no suelen estar sujetos a la voluntad humana ni siquiera de forma parcial; en este caso **habrá que atender a la conducta realizada y al ánimo del sujeto activo** (es decir, ánimo de dañar o ánimo de maltratar lo que a veces en la práctica resulta complicado) para distinguir uno u otro tipo penal siendo de **aplicación preferente éste** y de aplicación subsidiaria el tipo de daños si no tuviera la conducta realizada por el sujeto activo encaje en aquél (337).

- o **Ej.: Si yo le pego una paliza al perro de mi vecino (daños ajenos) (me ensaño con él, golpeándole con un palo sucesivamente) y lo mato se aplicaría el artículo 337 (si se atiende al ánimo de maltrato o se prueba éste y siempre que sea grave y produzca un resultado de muerte o lesiones ya que si el maltrato no es grave (es leve) se aplicaría la falta del 632.2 (“Los que maltrataren cruelmente a animales domésticos... sin incurrir en los**

supuestos del 337) la cual no exige ningún resultado de muerte o grave menoscabo físico de éste; caso de no poderse aplicar éstos por no concurrir todos los elementos del tipo se aplicaría el de daños causados (263) como subsidiario.

- Ej.: Si yo le pego una paliza a mi perro porque me da la gana y le causo un grave menoscabo físico (le fracturo tres patas) se me aplicará el artículo 337 (visto antes) y no el delito de daños (pues este debe ser en cosa ajena) salvo la aplicación del tipo de daños en cosa propia (Art. 289) pero siempre que éste tenga una utilidad social o cultural (ej.: soy el dueño de un perro el cual hace labores de investigación para la policía y le pego una paliza porque me da la gana fracturándole la mandíbula), o lo sustraiga al cumplimiento de un deber legal al entrar en juego un posible concurso de normas (art.8).

Caso de **ANIMALES NO DOMÉSTICOS**; es decir los **FEROCES O SALVAJES** (tigres, leones... aquellos que pese a que a veces pueden ser objeto de domesticación o amansamiento como regla general no suelen estar sujetos a la voluntad humana ni siquiera de forma parcial) habrá que realizar las siguientes matizaciones:

1. Si mato a uno de estos animales o le causo lesiones (daños ajenos) se aplicará en todo caso un **delito de daños**, sin perjuicio de aplicar también, si éste está protegido o en peligro de extinción, un delito contra la protección de la flora y fauna recogida en el capítulo IV del código penal, artículos 332 y siguientes y **NO SE APLICARÍA EL ARTICULO 337** aunque me ensañe con él y lo maltrate gravemente porque dicho tipo penal es de aplicación para animales domésticos.
2. Si se produce maltrato cruel a un animal de estas características existe un tipo penal (falta del 632.2) de aplicación siempre y cuando el mismo se realice en **ESPECTACULOS NO AUTORIZADOS LEGALMENTE** (las corridas de toros, están permitidas y autorizadas) si bien en el momento en que se produjeran lesiones a los mismos podría entrar el mismo en concurso con el tipo de daños (263).
3. Si yo dueño de un animal feroz o dañino (ej.; un tigre; si bien como se ha expuesto antes un animal domestico puede llegar a ser dañino, aunque no siempre, los feroces ya lo son por si mismo) y encargado de su custodia lo dejo suelto o en condiciones de causar un mal (lo abandono) cometeré la falta prevista en el artículo 631.1 sin perjuicio de que si éste animal produjese un resultado lesivo en un persona o

causase algún tipo de daños, yo también respondería por dicho resultado en comisión por omisión (POSICIÓN DE GARANTE).

4.- Si Pedro entra en un establecimiento cerrado y fuerza la puerta de la entrada (rompiendo y dañando ésta) para sustraer un ordenador cometerá **UN DELITO DE ROBO CON FUERZA** absorbiéndose en este tipo los daños causados a la puerta (se depuraran de forma civil) por Concurso de Normas (Art.8); en este caso existe un ánimo de lucro y de apoderamiento no un ánimo de dañar; y los daños ejercidos en la puerta son un medio necesario para acceder a éste; si dicha persona tiene la intención de robar y una vez fracturada la puerta cuando se encuentra en el interior del mismo se arrepiente y se marcha se le castigará por los daños efectivamente producidos (falta o delito) pero no por un delito de robo en grado de tentativa siempre que se den los requisitos establecidos en el artículo 16.2.

5.- Pese a lo señalado anteriormente no siempre la conducta dañosa queda absorbida; ej.: **Pedro quiere matar a Luis (“animus necandi”) que se encuentra en su casa y además de forzar la cerradura de ésta (también podría coexistir un delito de allanamiento de morada) para conseguir esto también tiene intención de destrozarle la casa llevándolo a efecto** (HOMICIDIO, ALLANAMIENTO MORADA Y DAÑOS); e incluso no solo en concurso real sino también como medio para cometer un delito (ej.: Destroza varias puertas de un edificio buscando a una persona para pegarla una paliza; DAÑOS Y LESIONES) si bien la mayor parte de las veces son absorbidos por el delito mas gravemente penado depurándose los daños realizados de forma civil. (CONCURSO DE NORMAS).

6.-Pedro tiene un accidente de tráfico causando **daños** al mobiliario público valorados en **20.000 euros**; si dicho accidente fue causado por **Imprudencia Grave** no existirá responsabilidad penal sino tan solo responsabilidad civil.

7.- Mismo ejemplo pero en este caso los **daños superan los 80000 euros**; en este caso sí existiría **responsabilidad penal o criminal**.

8.-Pedro tiene un accidente de tráfico o causa daños valorados en 200000 euros (o la cantidad que sea) si bien ha actuado con **imprudencia leve**; en este caso la conducta sería **atípica (la valoración de dicha imprudencia se realizará en sede judicial)** no existiendo responsabilidad penal ni civil, ni siquiera a título de falta al no existir la falta por imprudencia grave ni la leve.

FALTA DE DAÑOS Y SU DISTINCIÓN DEL DESLUCIMIENTO

Aparte de delito de daños doloso en propiedad ajena (263), el cometido por imprudencia grave (267) y los daños cometidos en cosa propia (289) vamos a proceder al análisis de la falta de daños recogida en el artículo 625 del vigente código penal y su diferencia con la falta de deslucimiento de bienes inmuebles recogida en el artículo 626, que también ha sido modificada con la última reforma del Código Penal, afectando tanto el deslucimiento a bienes muebles como a inmuebles.

Así señala el artículo 625 lo siguiente:

- 1. Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros.*
- 2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323 de este Código (“Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un **archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, cultural, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.***

En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.

Sus elementos configuradores son los siguientes:

- Se trata de **daños DOLOSOS**.
- NO CABE LA FALTA POR IMPRUDENCIA** ya sea grave o leve. (**salvo** lo recogido en el artículo **324 del CP** que recoge la **imprudencia grave en daños superiores a 400 euros** si se comete archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, cultural, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.
- El **valor** de lo dañado (en abstracto sin tener en cuenta el posible perjuicio patrimonial) **no deberá ser superior a 400 Euros**.

Respecto a este tipo el artículo 626 del código penal señala lo siguiente:

“Los que **deslucieren bienes muebles o inmuebles** de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad”.

Como se aprecia en el tipo se habla de “**deslucimiento**”, concepto que ha sido diferenciado e interpretado por la Jurisprudencia y por la Doctrina como

“detrimento” del objeto tanto en su sentido gramatical como jurídico, a fin de diferenciarlo de los daños (“**dañar se corresponde con los verbos destruir como pérdida total; inutilizar como pérdida de su eficacia, productividad y rentabilidad; deteriorar como pérdida parcial del objeto cualquiera que sea su representación así como alteración de la sustancia o cualquier menoscabo o desmerecimiento, siempre bajo la casualidad de un único "animus damnandi o intención concreta de causar un detrimento patrimonial de forma consciente y voluntaria, en un bien ajeno cuya propiedad está protegida por el derecho y cuyo detrimento es valorable económicamente, cualquiera que sea su íntima motivación, salvo que se acredite otro propósito que pueda exculpar su acción**”).

Por tanto el problema se plantea (o se planteaba antes de la reforma del Código Penal,) en muchas ocasiones con las pintadas (o “grafitos” o “grafitis”) realizadas no solo en bienes inmuebles (públicos o privados) sino también en bienes muebles (ej.: un coche o un vagón de tren) al objeto de determinar que tipo penal se ha de aplicar. Se distinguen los siguientes supuestos:

1. Si los dibujos o "grafittis" recaen sobre **inmuebles** (fachadas de un edificio, locales...) de dominio público o privado, estaremos ante la falta prevista en el artículo **626** del Código Penal **cualquiera que sea el importe o valor de la restauración del objeto afectado.**
2. Cuando los dibujos o "grafittis" se realizan sobre **bienes muebles**, estaremos ante el mismo supuesto anterior, de acuerdo con lo establecido en el vigente artículo del CP, recogido en el artículo 626, con independencia del importe o valor de dicha restauración; antes de dicha reforma, la interpretación que hacían las Audiencias Provinciales era la siguiente; entendían, respecto, al deslucimiento de bienes muebles que los hechos no podían considerarse, en aplicación del principio de legalidad penal, **ni como constitutivos de delito de daños ni** tampoco, por excluirlo expresamente el precepto, de una **falta** de las previstas en el **artículo 626** del Código Penal; debiendo, por tanto, depurarse los mismos en vía civil.
3. Entendían que el daño y el deslucimiento son conductas distintas en cuanto que el **daño** implica un **menoscabo físico estructural encaminado a la destrucción del bien en sí**, mientras que el **deslucimiento** hace referencia a un mero **menoscabo ornamental** entendido como acción de **quitar gracia, atractivo o lustre a una cosa**. AHORA CON DICHA REFORMA, EL DESLUCIMIENTO SE VA A APLICAR TANTO A BIENES MUEBLES E INMUEBLES Y EN TODO CASO, CON INDEPENDENCIA DEL IMPORTE O VALOR DE RESTAURACIÓN DEL OBJETO AFECTADO, SE COMETERÁ UNA FALTA.

CASUÍSTICA:

1. Varias pintadas en la fachada de un edificio de una calle cuya reparación o limpieza asciende a 1000 Euros; FALTA DE DESLUCIMIENTO DEL 626 (con independencia del valor de dicha reparación o restauración que se depuraría por vía civil) y NO UN DELITO DE DAÑOS.
2. Varias pintadas en un coche (**bien mueble**) o un vagón de un tren cuya restauración supone un precio de 500 euros (o inferior a 400); estaremos con la reforma del CP ante una falta de deslucimiento (con independencia del importe o valor de reparación) Y NO ANTE UN DELITO O FALTA DE DAÑOS.
3. Respecto a las **pintadas realizadas en los vagones de metro**, evidentemente no es lo mismo la simple pintada de varios vagones cuando estos se encuentran parados (FALTA DE DESLUCIMIENTO DEL 626 Y NO FALTA O DELITO DE DAÑOS) que cuando por ejemplo se para un tren en movimiento para realizar éstas, suponiendo un peligro para los usuarios o el propio conductor ya que en este caso los autores podrían ser responsables de un **delito de desordenes públicos** recogido en el artículo 551(**“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código).**

BREVE ANÁLISIS DE LOS TIPOS AGRAVADOS DEL DELITO DE DAÑOS

Dichos tipos agravados se encuentran comprendidos en los artículos, 263.2, 264, 265 y 266 del vigente Código penal. Dichos tipos agravados, también han sufrido una serie de modificaciones con la reforma del Código Penal.

Así el artículo 263.2 señala lo siguiente:

2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:

1.º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.

Ej.: Detengo a una persona por un hecho delictivo y a la semana siguiente me ve aparcando el coche en la calle, reconociéndome como el Policía que le detuvo, aprovechando cuando me he marchado del lugar para pincharme las 4 ruedas o para rayarme todo el coche.

2. ° *Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.*

Ej.: Persona que salta la valla de una granja donde hay varias cabezas de ganado (vacas) y aprovecha que no hay nadie para echar en la comida de estos animales un producto tóxico que los infecta con el propósito de que den menos leche.

3. ° *Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.*

Ej.: Mismo supuesto que el anterior pero en este caso les echa un producto tóxico y venenoso el cual produce la muerte de varias de aquellas.

4. ° *Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.*

Ej.: Rotura o rompimiento de varias farolas de una calle; señales de tráfico....

5. ° *Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.*

Ej.: Persona separada, sin trabajo que no tiene donde ir a vivir utilizando su vehículo como vivienda y una persona le destroza el vehículo teniendo aquél que vivir o dormir en la calle.

El artículo 264, hace referencia a los daños relacionados con el SABOTAJE INFORMÁTICO (éste se analizará más exhaustivamente en el manual cuando se aborde el análisis y estudio de los Delitos Informáticos).

Dicho tipo delictivo, modificado con la reforma del Código Penal de 2010, señala lo siguiente:

1. *El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *El que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado, con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

3. *Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

1.° *Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.*

2.° *Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.*

4. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33

En dicho tipo delictivo, se va a hacer referencia o castigar los daños ejercidos sobre la parte “no corpórea” o lógica del ordenador (“software”), así como la introducción de virus o “malware” que posteriormente serán analizados cuando veamos los delitos informáticos (ej.: **introduzco un virus en el ordenador para destruir los documentos existentes en el mismo**), ya que los daños realizados sobre el soporte físico o la parte corpórea (“hardware”) es decir el propio ordenador (Ej.: **rompo a patadas la CPU de un ordenador el cual esta valorado en 600 euros**), se castigarán por el delito de daños del tipo básico 263. (antes de la reforma del CP, el sabotaje informático, tanto en su parte lógica (“software”) como en su parte física (“hardware”) se castigaban por el anterior artículo 264.2 del CP.

La clave en este tipo delictivo, para distinguirlo de otros, es el ánimo que ha de concurrir (“animus damnandi o nocendi”, animo de dañar), ya que si concurriera animo de lucró (“animus lucrandi”, ej.: **se realizan operaciones en el ordenador de una persona para obtener un beneficio u obtener una clave de una cuenta para luego hacerse pasar por él y realizar alguna transacción patrimonial**) se cometería si se dan todos los elementos del tipo un delito de estafa por manipulación informática previsto en el artículo 248.2 (que posteriormente se analizara con el tipo delictivo de la estafa); o incluso un delito contra la intimidad (197.3; Descubrimiento y Revelación de Secretos) donde una de las modalidades de la actividad típica es acceder sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo (EJ: **Me introduzco en el ordenador de un compañero de trabajo y le modifico un archivo que tenía en el mismo sobre fotos relativas a su familia o me apodero de estas sin su consentimiento para luego difundirlas**).

El artículo 265 señala lo siguiente:

*“El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el daño causado excediere de 50000 pesetas”. (**lo de las 50.000 pesetas viene recogido como tal en el tipo penal, y no se ha modificado con la reforma del Código Penal, si bien hay que entender que para que sea delito deberá superar los 400 euros**).*

Se trata de un tipo especial el cual exige los siguientes requisitos:

- El daño o destrucción ha de ser GRAVE, ya que lo contrario no se apreciaría.
- INUTILIZACIÓN PARA EL SERVICIO aun temporal
- Medios o recursos afectados a las Fuerzas Armadas o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (no solo CNP y Guardia Civil).

Ej.: Te destrozan el “z” en una manifestación; o en una intervención te pinchan las cuatro ruedas (inutilización para el servicio) no pudiendo continuar con el servicio e interrumpiendo éste durante 2 horas; NO POR EJEMPLO SI TE TIRAN UNA PIEDRA AL COCHE FRACTURANDO UNA VENTANA DEL MISMO O LA LUNA DELANTERA PERO ESTO NO IMPIDE CONTINUAR EL SERVICIO (habrá evidentemente estar a cada caso y la interpretación posterior que haga el correspondiente tribunal).

El artículo 266 señala lo siguiente:

- 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas.*
- 2. Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el artículo 264, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior.*
- 3. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los daños previstos en los artículos 265, 323 y 560, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 del presente artículo.*
- 4. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior. En caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el artículo 351.*

Respecto a su análisis del mismo podemos señalar lo siguiente:

- El primer apartado recoge un TIPO ESPECIAL AGRAVADO respecto al tipo de daños básico del artículo 263 distinguiendo las siguientes modalidades:
 - 1) COMETIDO POR INCENDIO** (EJ: Quemar un vehículo que se encuentra en la vía pública siempre que no se produzca un peligro para la vida o integridad física de las personas pues en este caso podría ser de aplicación el apartado 4 de dicho artículo o el tipo de incendio del 351 al ser éste más específico (por Concurso de Normas) y el cual exige que se ponga en peligro la vida o integridad de la personas. De igual forma el tipo delictivo de daños señala que será de aplicación siempre y cuando los daños no se comprendan en otro título del mismo Código, hecho que sucedería con los daños causados por el incendio.

- 2) Provocando EXPLOSIONES O UTILIZANDO MEDIOS SIMILARES (**EJ: Utilizas un petardo de grandes dimensiones o artefacto similar y lo colocas en el tubo de escape de un coche destrozando éste**); siempre que no sea de aplicación otro tipo delictivo caso del delito de estragos (346) que hace referencia a explosiones en aeropuertos, puertos, edificios públicos... y que exige la puesta en peligro de la vida o integridad de las personas sin perjuicio de castigar de forma independiente los resultados lesivos a éstas si se produjesen.
- 3) PONIENDO EN PELIGRO LA VIDA O INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS (**EJ: Persona aparcada con su coche debajo de mi piso en el aparcamiento de minusválidos que tengo autorizado y le tiro una maceta para que se marche impactando en el capo de éste con peligro para su integridad física**); si se produjese algún resultado lesivo se castigarían aparte.

En el **apartado segundo (266.2)** se recoge un tipo cualificado (más pena) si concurren las circunstancias del artículo 264 (Sabotaje Informático) con las analizadas en líneas anteriores.

En el **apartado tercero** una agravación mayor si dichos daños se produjeran en medios o recursos afectados a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o Fuerzas Armadas (265) en los lugares recogidos en el artículo 323(archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, cultural, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos) o los recogidos en el artículo 560 (líneas telefónicas, correspondencia postal, vías férreas, transmisiones de luz, agua...) utilizando alguno de los medios vistos en el apartado anterior (INCENDIOS , EXPLOSIONES...).

En el apartado cuarto la conducta se agrava aún más si estos se realizasen con explosivos o medios similares y se pusiese en peligro la vida o integridad de las personas; (Ej.: pones un artefacto explosivo casero en el coche del vecino para rompérselo porqué aparca en tu plaza de garaje y justo cuando explota había varias personas a su alrededor sin llegar a causarlas ninguna lesión) y siempre que no sea de aplicación otro tipo delictivo como por ejemplo el delito de estragos (346) al ser esta más específico (concurso de normas) e imponer más pena.

DIFERENCIA DE LA AGRAVACIÓN DEL DELITO DE DAÑOS (266) REALIZADO CON INCENDIO FRENTE AL DELITO DE INCENDIO RECOGIDO EN EL ARTÍCULO 351.

La principal diferencia para la aplicación de uno u otro va a residir pues así lo recoge el propio 351 (**“Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.**

Cuando no concorra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código) en la existencia o no DE PELIGRO PARA LA VIDA O INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS (si bien habrá muchas veces que atender a las circunstancias de cada caso y la intención del sujeto activo).

Peligro que basta que sea potencial o abstracto (no necesario o concreto como si exige el delito de estragos, si bien participa de ambos abstracto y concreto) ya que la conducta de incendiar algo, la producción del incendio ya es de por si peligrosa, no exigiéndose como señala la doctrina y la jurisprudencia la voluntad de causar daños personales sino tan solo la intención de provocar un incendio; siendo el delito de daños (en este caso dicha agravante recogida en el articulo 266) de aplicación residual por concurso de normas (8.1) frente al anteriormente señalado.

CASUÍSTICA:

- 1) Quemo un contenedor que está en la calle a las 4 de la mañana después de venir de fiesta con unos amigos para hacer una gracia sin peligro para la vida o integridad de las personas; **DAÑOS** (263) agravados por Incendio.
- 2) Que resulta que quemo el contenedor y este se encuentra cerca de dos indigentes que están durmiendo con peligro para su vida; **DELITO DE INCENDIO** (351).
- 3) Que como consecuencia de ese incendio uno de los indigentes se quema y muere; **HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA GRAVE (O DOLOSO SI ESA ERA SU INTENCIÓN) JUNTO A UN DELITO DE INCENDIO DOLOSO (AL PONER EN PELIGRO AL OTRO INDIGENTE U OTRAS PERSONAS).**
- 4) Si lo que quería era matar al indigente lo roció con gasolina (**HOMICIDIO DOLOSO O ASESINATO**, el cual absorbería a los daños cometidos por incendio por concurso de normas, y estos daños irían por responsabilidad civil); si aparte hubiera peligro para otras personas (otro indigente que duerme con él, entraría el concurso con un **DELITO DE INCENDIO**).
- 5) Si quemo la parte de debajo de una vivienda medio abandonada y como consecuencia del fuego y humo muere el morador que había arriba del que yo desconocía su existencia; **DELITO DE HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA GRAVE(O LEVE**, si es leve sería una falta) más un delito de **DAÑOS POR INCENDIO SI NO SE PONE EN PELIGRO A OTRAS PERSONAS** (si se pone en peligro a otras personas se aplicaría el delito de incendio del 351 y los daños causados se sustanciarían por vía civil).
- 6) Si yo lo que hago es quemar una casa a sabiendas que hay una persona dentro o puede haberlas y estos fallecen: cometería un **ASESINATO O UN HOMICIDIO DOLOSO**, bien directo o eventual, el cual podría concursar también con un **DELITO DE INCENDIOS** respecto a otras personas que se encontrasen en la vivienda y cuya vida hubiera sido puesta en peligro; si estas no fallecieran seguramente existiría un **DELITO DOLOSO DE INCENDIOS EN CONCURSO** con un **DELITO DE ASESINATO U HOMICIDIO EN TENTATIVA** (todo

evidentemente habría que probarlo y demostrarlo). Los daños producidos se sustanciarían de forma civil.

7) Si yo lo que hago es quemar una casa con dos personas dentro, e incluso para asegurarme su muerte les cierro todas las puertas y ventanas para que no puedan escapar cometería lo siguiente:

- A) Un delito de ASESINATO (en este caso dos, si fallecen ambas) al haber existido alevosía, es decir asegurando el resultado de la acción sin ningún tipo de riesgo personal; el cual absorbería el delito de incendios si se demostrase que la intención no era incendiar sino matar (concurso de normas, artículo 8 CP); si podría entrar en concurso, al haberse producido la muerte (y no existir peligro para la vida o integridad de las personas) con el delito de daños cometidos por incendio o bien estos por concurso de normas se absorberían en el delito principal (asesinato) y estos se sustanciarían por vía civil.
- B) Si además de lo anterior pongo en peligro a otras tres personas que se encontraban en una casa aneja dicha acción concursaría con otro de Incendios ya que no todo el peligro (como así entienden algunos autores y la propia jurisprudencia) se ha consumido por los resultados lesivos. (y los daños causados se sustanciarían por vía civil).
- C) Si solo falleciese una persona, de las dos que están en la casa, y la otra no se aplicaría un DELITO DE ASESINATO CONSUMADO OTRO EN GRADO DE TENTATIVA Y ADEMÁS UN CONCURSO CON EL DE INCENDIOS SI COMO HEMOS VISTO ANTES SE HA PUESTO EN PELIGRO LA VIDA O LA INTEGRIDAD FÍSICA DE OTRAS PERSONAS. (los daños producidos irían por vía civil).

DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

Vamos a proceder a analizar dicho tipo delictivo recogido en la Sección 2ª del Capítulo VI (“De las defraudaciones”) en su Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”) en los artículos 252 al 254 del vigente Código Penal.

Así el artículo 252 señala lo siguiente:

“Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable”.

ELEMENTOS CONFIGURADORES:

1.º Una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo, del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble(**Actualmente ampliados a valores o activos patrimoniales**).

2.º Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad).

3.º Que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida, mediante un acto ilícito de disposición, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno.

4.º Conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno.

- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:** Se protege el **patrimonio** en sentido amplio (se trata de una infracción patrimonial de apoderamiento, en que la inicial tenencia o posesión lícita se transmuta o transforma en propiedad ilegítima).
- SUJETO ACTIVO:** Será aquel quien recibió el objeto; se trata pues de un **delito especial** pues solo podrá cometerlo quien ha recibido la cosa en calidad de depósito administración o comisión u otro título y **TENGA LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVERLO**; el extraño podría ser partícipe, inductor o cooperador necesario pero no autor directo; **SI FUERA FUNCIONARIO O AUTORIDAD cometería un DELITO DE MALVERSACIÓN caudales públicos (432); SUJETO PASIVO;** en este caso será el **propietario de la cosa.**
- ELEMENTO OBJETIVO:** Ha de ser **una cosa**, entendida como todo objeto corporal, susceptible de apropiación y valuable en dinero, y de **carácter mueble**, concepto que no coincide con el del Código Civil y en el que caben los inmuebles por incorporación o destino, en cuanto susceptibles de desplazamiento, y los semovientes (ANIMALES).
- Se añaden los valores y activos patrimoniales, incluíbles en los efectos, y referidos a las cosas muebles.
- La cuantía ha de **exceder de 400 Euros:** castigándose como FALTA, en el **artículo 623.4. (Falta contra el patrimonio)** cuando no exceda de dicha cantidad.

- ❑ **RECEPCIÓN POR UN TÍTULO QUE PRODUZCA LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA O DEVOLUCIÓN A SU LEGÍTIMO PROPIETARIO:** por tanto para aplicar dicho tipo delictivo habrá que constatar esto; así los títulos que el artículo 252 relaciona específicamente, como el **depósito, la comisión y la administración** no constituyen un “*numerus clausus*” sino una **fórmula abierta**, como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto —**o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos**—, de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionando incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la Ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal; por tanto lo fundamental es **que se origine la obligación de entregar o devolver quedando excluidos aquellos títulos donde se produce la transmisión o entrega de la propiedad (SE EXCLUYEN POR TANTO , AL NO EXIGIR DICHA OBLIGACIÓN DE DEVOLUCIÓN, LA COMPRAVENTA, LA DONACIÓN LA PERMUTA DE LA COSA O EL PRESTAMO** e incluso como señala la Jurisprudencia en numerosas sentencias el **MUTUO Y EL DEPÓSITO IRREGULAR** porque en éstos la cosa fungible, es decir la cosa que se consume con el uso, se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno.

- ❑ **Si se han incluido**, como ha señalado la propia Jurisprudencia los siguientes; el Contrato de correduría; la compraventa con reserva de dominio; el contrato de exposición o venta en comisión; el mandato; la aparcería; el transporte; la prenda; el comodato; la sociedad; el arrendamiento de cosas, obras o servicios; el contrato de mensajería que es de naturaleza análoga al del transporte o el contrato de arras.

- ❑ **ACCIÓN:** En el tipo penal se sancionan 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 al sujeto principal (al administrado) **distrayendo** el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda conducta el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, sino que bastará únicamente con demostrar 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

obligación o cargo; si bien ambas conductas delictivas — apropiarse y distraer— van referidas indistintamente a cualquiera de los objetos materiales, que con amplitud prevé el artículo 252 del vigente CP.

- ❑ Por tanto en dicho tipo penal el que se apropia indebidamente de algún objeto o bien no quiere decir que se convierta necesariamente en su dueño (ilícito) sino que va a actuar, eso sí, de forma ilícita sobre ese bien, disponiendo del mismo, en muchos casos, como si fuese el dueño.
- ❑ Asimismo el tipo penal además de utilizar las expresiones «apropiaren o distrajeren», usa la frase «o **negaren haberlos recibido**»(no supone un nuevo procedimiento de comisión, sino lo único que significa es que acreditado dicho extremo, es decir que se ha recibido la cosa con obligación de devolverla, sino se hace y niega haberla recibido se entenderá probado dicho acto de disposición; ej.: **Juan le deja a Pedro dos bicicletas para que éste se las guarde durante 15 días en su trastero y llegados los 15 días Juan reclama a Pedro la entrega de éstas manifestando éste que no sabe de que bicicletas le habla y que a él no se le entrego nada**); si bien no toda negativa de haber recibido una cosa mueble será delictiva sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con **obligación de entregarla o devolverla** (ej.: **Juan le da a Pedro, vecino de éste, un máquina de podar porque ya no va a usarla; a los 20 días le dice que se la devuelva porque le hace falta a su hijo y quiere dársela a éste**).
- ❑ Evidentemente esta apropiación o distracción ha de realizarse **SIN CONSENTIMIENTO DEL TITULAR**; por tanto NO EXISTIRÁ APROPIACIÓN INDEBIDA si por ejemplo **Pedro entrega a Juan 8000 euros en depósito para que éste se los gestione autorizándole a que éste los invierta como quiera sin perjuicio de que como consecuencia de dicha inversión pueda perder todo o parte del capital invertido**; respecto al ANIMO DE DEVOLUCIÓN DEL SUJETO ACTIVO si este se prueba, no cabría dicho tipo delictivo (Ej.: **Manuel entrega en depósito una bicicleta a Juan pactando la entrega a los 10 días y llegados estos Juan le dice que no se la puede entregar hoy pero que mañana a las 11 horas se pase por su domicilio y le hará entrega de ésta**); si bien el TS ha señalado que de NO ADVERTIRSE UNA VOLUNTAD SERÍA DE DEVOLUCIÓN SE PODRÁ AFIRMAR EL PROPÓSITO DE APROPIACIÓN (Ej.: **Manuel entrega en depósito una bicicleta a Juan pactando la entrega a los 10 días y llegados estos Juan le dice que no se la puede entregar si bien le manifiesta que lo hará en una semana o quizá en un mes**).

- ❑ **ELEMENTO SUBJETIVO** : Si bien no se recoge en el tipo se ha de considerar implícito y ha de existir **ANIMO DE LUCRO** (obtención de un beneficio) con plena conciencia y voluntad, a costa del perjudicado; en la **modalidad clásica** de la apropiación de cosas muebles ajenas el poseedor de la cosa una vez recibida ésta en virtud de alguna de las modalidades que establece el tipo, las incorpora a su patrimonio con **ánimo de lucro y con intención de incorporarlo definitivamente a su patrimonio**; es lo que la propia doctrina y jurisprudencia señala como "*animus rem sibi habendi*".

- ❑ En la **modalidad** de apropiación indebida de **gestión desleal o distracción no es imprescindible** dicho ánimo, si bien tampoco se descarta, sino que simplemente **bastará un dolo genérico** consistente en el convencimiento del perjuicio que se ocasiona al sujeto pasivo.

- ❑ **PERFECCIONAMIENTO DEL TIPO DELICTIVO Y CONSUMACIÓN**: Se trata de un delito de **RESULTADO**, en el sentido que es necesario que se produzca un resultado como tal, es decir un acto de disposición desleal o no consentida o de apropiación de dicho objeto o de negativa a entregar el objeto una vez solicitado; respecto a la **CONSUMACIÓN** ésta se producirá cuando se produzca el apoderamiento del objeto o bienes o, bien la negativa a entregar éste; si se trata de apoderamiento de dinero será necesario que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo o cuando se gasta o se emplea de forma distinta a lo pactado; en el caso de distracción ya sea de dinero o bienes a los que no se les da el destino convenido, se consumará desde el momento o la fecha en que debió realizarse incumpléndose la obligación y reteniendo dichos bienes o dinero en provecho del poseedor **SIENDO NECESARIO ADEMÁS QUE SE PRODUZCA UN PERJUICIO PATRIMONIAL DEL SUJETO PASIVO (ELEMENTO ESENCIAL) CON INDEPEDENDENCIA QUE EL SUJETO ACTIVO SE HAYA O NO ENRIQUECIDO**.

- ❑ Dicho perjuicio se va a producir casi siempre, por no decir siempre, en el propio sujeto pasivo por lo que es **muy difícil que se produzca la TENTATIVA**; así el delito se habrá consumado (y no existirá tentativa) si la persona en lugar de devolver un objeto que tiene en calidad de depósito (Ej.: una bicicleta, un ordenador...) no haciéndolo en el plazo estipulado o marcado y lo hace suyo con intención de venderlo aunque ésta no llegue a producirse ya que lo que no se ha "consumado" o agotado (fase ejecutiva) es el beneficio que dicha persona esperaba obtener (dinero por la venta de aquella) si bien la conducta de apropiación en si misma ya se consumó desde el momento en que dicha persona incorporó a su patrimonio el objeto (bicicleta) el cual tenía que devolver provocando con tal

acción el consiguiente perjuicio patrimonial (bicicleta valorada en 1000 euros) ocasionado al sujeto activo.

- ❑ Podría darse la **TENTATIVA (AL TRATARSE DE UN DELITO DE RESULTADO) en algún supuesto de DOCUMENTO CREDITICIO** donde el mero acto de disposición o apropiación o tenencia, de la persona que lo tiene en depósito, no supone por si mismo un acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio en el sujeto pasivo ya que estos documentos exigen el nombre del tenedor (el que los entrego) si son nominativos o a la orden o la correspondiente provisión de fondos si son al portador.

DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DELICTIVOS

- ❑ **DIFERENCIA CON LA ESTAFA (éste tipo se analizará sucintamente posteriormente).** El elemento principal y diferenciador con ésta es que en la apropiación indebida no existe el ENGAÑO PREVIO sino que lo que hay es un ABUSO DE CONFIANZA (podría existir en la apropiación indebida **engaño pero este aparecería como algo subsiguiente o posterior a la entrega**, ya que el propietario entrega a otra persona (receptor) dicho objeto o bienes de forma libre y voluntaria pero éste quebrará la relación de confianza y se apropiará de la cosa o dispondrá de ésta para un destino distinto a lo pactado en provecho propio o de otras personas).

Ej.: Entrego a Juan una máquina de podar en calidad de depósito para que me la guarde y llegado el plazo de devolución solicito su entrega manifestando Juan que ya no la tiene y que la ha vendido. (APROPIACIÓN).

EJ: Juan me dice que le deje la máquina de podar el césped para cortar éste y al día siguiente cuando le digo que me la devuelva para cortar yo el mío me dice que ya no la tiene ya que se la han sustraído unos ladrones de su casa la noche pasada cuando en realidad lo que ha hecho es venderla y comprarse con ese dinero obtenido un equipo de música. ESTAFA (Me engaño con el pretexto de utilizar dicha máquina para cortar el césped cuando en realidad lo que quería era venderla y obtener así un dinero para luego comprar otro objeto). El engaño debe ser anterior para que estemos ante el delito de estafa; si bien todo esto muchas veces se probará en sede judicial (nosotros no vamos a saber la intención que tenía el sujeto activo).

- ❑ **DIFERENCIA CON EL HURTO:** En el delito de hurto se toma o se sustrae algo que está fuera de tu ámbito o esfera patrimonial para incorporarlo al tuyo (sin violencia o fuerza en las cosas)

frente a la apropiación indebida donde te apoderas de algo que ya tienes en tu poder para incorporarlo de forma definitiva a tu patrimonio, distraerlo o darle un destino distinto a lo pactado.

HURTO: Sustraigo la cartera o el bolso al descuido a Juan cuando éste no se da cuenta.

APROPIACIÓN: Juan me deja la cartera para que se la cuide en calidad de depósito (documentación y 500 euros) y se la entregue mañana y cuando le digo que me la devuelva a la mañana siguiente tan solo me entrega la documentación negando haber recibido los 500 euros al manifestar que dicha cartera no contenía ningún tipo de dinero.

- **CON EL DELITO SOCIETARIO (ADMINISTRACIÓN DESLEAL).** Dicho tipo delictivo (la apropiación, sobre todo en su vertiente de administración que recoge el tipo) en ocasiones puede yuxtaponerse o confundirse con el delito societario recogido en el artículo 295 del CP(“ **Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, 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 o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido**”).

EJ: Presidente del Consejo de Administración de un banco que efectúa una orden de transferencia no justificada (8000 euros) a favor de otra entidad.

En numerosas sentencias se ha pronunciado el TS (2213/2001; 867/2002; 1835/2002 o 18/2005 entre otras) manifestando (así lo hace en la 867/2002 de 29-7) que “en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de distracción o apropiación en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad”.

Si bien en las mismas se ha manifestado de igual manera, que en caso de dudas entre un tipo delictivo y otro se deberá acudir al **curso de normas (8.4) aplicándose aquel precepto que contenga la pena más grave.**

- ☐ **CON LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS;** dicho tipo delictivo se recoge en el artículo 432 y ss. señalando en su apartado 1º (432) lo siguiente: “**La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años**”. En este caso como se aprecia en el tipo debe tratarse de una autoridad o funcionario público y los bienes o efectos deben ser públicos (requisitos ambos imprescindibles y unidos entre sí) ya que lo contrario no se daría dicho tipo y podría concurrir un delito de apropiación indebida.

EJ: Alcalde y Secretaria municipal que confeccionan un mandamiento de pago para cubrir los gastos que se generaban con la asistencia a un curso inexistente, detrayendo una serie de cantidades de las arcas municipales (STS 248/2003).

EJ: El Presidente de una Federación de Deportes, el cual no tiene la consideración de funcionario ni autoridad, aunque se apropie de fondos o subvenciones públicas provenientes de una Comunidad: cometerá NO MALVERSACIÓN Y SI APROPIACIÓN INDEBIDA al no darse los dos requisitos; o Funcionario de Correos que se apropia de objetos (perfumes, ropa...) los cuales tenían que ser repartidos; APROPIACIÓN INDEBIDA.

CASUÍSTICA DE INTERÉS POLICIAL:

1. El Abogado que se niega, sin causa alguna, a **devolver un depósito** dado a éste por sus clientes cuando habiéndolo pensando mejor éstos renuncian a su servicio sin que aquél realizado ninguno.
2. El **agente de aduanas** que recibe dinero de una persona para pagar lo facturado no haciéndolo así y utilizando dicha cantidad para otros fines o usos.
3. El **agente de seguros** que cobra las primas a los asegurados y no las reintegra o las devuelve a la compañía de seguros.
4. Cabe dicha apropiación en el **ARRENDAMIENTO DE OBRA**, cuando se utilizan o emplean los materiales recibidos para realizar ésta y se utilizan por una persona o varias para un destino o finalidad distinta al convenido (**hacerse una casa para ellos**).

5. Respecto al **ALQUILER DE AUTOMÓVILES O FURGONETAS** hay que señalar (como se hizo ya cuando se explico el hurto y robo de uso), que si éste excede del plazo de devolución (en lugar de entregarlo el día estipulado lo entrega al día siguiente o a los dos días) dicha conducta será **atípica penalmente no así civilmente**, al entender que no ha existido ánimo alguno de apropiación. Si bien si el exceso fuera importante (tarda 15 días o un mes; no hay un plazo fijo por lo que habrá que estar al resto de circunstancias y animo de apropiación o devolución del sujeto activo) o incluso si abandonase el mismo sin dar cuenta de esto al arrendador se podría cometer un DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA como así se ha señalado en alguna sentencia tal como la 18/2005 de 15-1).
6. El empleado de banca el cual se queda o se apropia de fondos de la entidad que tenía encomendados para gestionar y los utiliza para fines particulares; con la particularidad vista del artículo 295 anteriormente del Delito Societario (Gestión Desleal).
7. El vendedor de lotería que recibe los decimos para venderlos pero luego no entrega el dinero obtenido o se queda con aquellos.
8. El trabajador de una empresa que recibe por dicho trabajo un vehículo de la empresa para usarlo y una vez que cesa como empleado de ésta no lo devuelve.
9. La **retención por la empresa de las cuotas destinadas a la Seguridad Social** (el impago de estas) hasta la reforma de la LO 6/95 se consideraba un delito de apropiación indebida; hoy tras dicha reforma y con el código actual vigente es de aplicación el artículo 307 (**“El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía”**) por concurso de normas (principio de especialidad); y siempre que **supere la cantidad de 20 millones de pesetas (120000 euros) ya que de lo contrario NO SERÍA TAMPOCO APROPIACIÓN SINO MERA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.**
10. **PROMESA DE VENTA:** Juan que recibe en deposito una serie de objetos (ej.: unas máquinas) sobre los que tiene convenido con Pedro un contrato de promesa de venta para adquirir éstas y en lugar de conservarlas en su poder hasta que se produzca la compraventa definitiva se las vende a otra persona (Luis) lucrándose con su importe (APROPIACIÓN INDEBIDA).
11. **CANTIDADES ANTICIPADAS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS:** Cometerá apropiación indebida el constructor o promotor que desvía de la finalidad debida (la construcción de dichas viviendas) y contractualmente aceptada, las cantidades recibidas. (las utiliza por ejemplo

para la adquisición de otros objetos o la construcción de otras viviendas que no eran las pactadas); si evidentemente mediase engaño previo (dice que va a construir viviendas de protección oficial y pide una señal de 6000 euros para realizar esto siendo su intención primera la de quedarse con dicho capital y no construir ninguna vivienda) **cometería un delito de estafa.**

12. **CUENTAS BANCARIAS DE TITULARIDAD CONJUNTA:** Supuesto donde varias personas figuran como titulares de una cuenta (Madre e hijo) y fallece uno (en este caso la madre, la cual era la dueña de dicho dinero pero había habilitado a aquel para que realizase facultades de disposición) de estos habiendo otros hijos herederos de dicho dinero.

Así dicha persona que figura como cotitular de la cuenta, sin respetar las garantías legales, se apropia de dicho dinero sin entregar la parte correspondiente a sus otros hermanos que también son herederos legítimos de dicho dinero.

13. **LIQUIDACIÓN DE BIENES;** Persona en trámite de separación o divorcio el cual antes de producirse ésta o la correspondiente liquidación de los bienes gananciales o comunes se apropia de aquellos que considera mejores (la televisión, cadena de música...) los cuales habían sido comprados y abonados por ambos; o cuando se ha adoptado el correspondiente Convenio Regulador en caso de separación o divorcio atribuyéndose a uno de ellos la guarda y custodia de los hijos y el uso y disfrute de la vivienda y la otra, sin consentimiento de ésta, y antes de la fecha de comienzo del Convenio, se apropia o distrae antes de marcharse, objetos(televisión, muebles ...) que se encontraban en su interior.

Dicho tipo delictivo se encuentra agravado si se tratase de un DEPÓSITO NECESARIO O MISERABLE, entendiéndose por esto, una vez acudido al Código Civil, aquél que se realiza:

- 1) **En cumplimiento de la Ley o como consecuencia de una obligación legalmente establecida** (EJ: José presidente de la Comunidad de Vecinos y encargado de recoger y guardar el dinero de los recibos de dicha Comunidad y utilizarlos para las necesidades de la misma, se lo apropia o distrae para fines particulares, como irse de vacaciones o viaje).
- 2) **Si se tratase de supuestos de CALAMIDAD, INCENDIO, RUINA, SAQUEO** (Ej.: Se produce un incendio en una localidad, afectando a varias viviendas y los objetos que han podido salvarse de éstos se depositan en el Ayuntamiento Municipal, aprovechando Luis, trabajador de éste y encargado de la custodia de los mismos, la distracción de los mismos o la apropiación de éstos.)
- 3) **Si se tratase de EFECTOS INTRODUCIDOS EN FONDAS O MESONES (POR LOS DUEÑOS O ENCARGADOS DE ÉSTOS):** Ej.: Te vas de vacaciones a un hotel y dejas en consigna, durante una hora hasta que te arreglen la habitación,

las maletas o demás pertenencias aprovechando el encargado del mismo para apropiarse de éstos o quedarse con alguno de éstos.

Asimismo dicho tipo se castigará con una pena mayor (con las penas del artículo 249 ó 250 correspondientes a la Estafa) si se dieran los tipos agravados de la Estafa (artículo 250) los cuales se analizarán posteriormente cuando se estudie y explique dicho tipo delictivo.

APROPIACIÓN DE COSA PÉRDIDA O DUEÑO DESCONOCIDO

Así señala el artículo 253 del vigente Código Penal lo siguiente:

“Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años”.

Así, habrá que distinguir varios elementos o requisitos del tipo:

- Antiguamente y hasta la reforma operada en el año 83 dicha conducta era considerada como HURTO; a partir de dicha fecha se convierte en Apropiación Indebida o como señalan algunas corrientes “HURTO DE HALLAZGO”.
- El criterio principal será distinguir, para determinar si el hecho es típico o no, si la cosa está **PERDIDA O ABANDONADA**; así el Tribunal Supremo ha declarado que se reputará perdida “si por su naturaleza u ostensible valor no sea creíble que hubiese sido abandonada por su dueño. Asimismo señala que para distinguir si una cosa se encuentra bajo el poder o no de otro habrá que valerse de las reglas de la experiencia cotidiana y los actos externos (Ej.: las mercancías que ha dejado delante de la puerta del vendedor el repartidor de las mismas antes de la apertura de aquélla). Así **no pueden considerarse abandonadas** las cantidades de dinero, las mercancías que ha dejado delante de la puerta del vendedor el repartidor de las mismas antes de la apertura de aquélla o el cheque al portador que se encuentra en un buzón una persona...
- El valor de lo apropiado **DEBERA EXCEDER DE 400 EUROS** ya que de lo contrario se tratará de una falta.
- La conducta se agravará como señala el tipo si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico (elementos ya analizados con otros tipos penales vistos anteriormente)

CASUÍSTICA DE INTERÉS POLICIAL:

1. Persona que se encuentra en la calle (o en bar) una maleta o un bolso el cual contiene la dirección y nombre del propietario y en lugar de devolverlo (o ir a Comisaría a entregarlo) se queda con esto.
2. Dotación policial que encuentra una cartera en la calle con documentación y dinero y la traslada a Comisaría para que el compañero de la Oficina de Denuncias realice gestiones para localizar al propietario y éste cuando aparece el susodicho tan sólo le hace entrega de la documentación quedándose con el dinero.
3. Persona que se encuentra en el interior de un contenedor varias cajas que contienen juguetes portando además el precio de éstos y el nombre del establecimiento del que se han sustraído y en lugar de devolverlas se queda con éstas.
4. Respecto al **TESORO** encontrado, tanto la doctrina como la Jurisprudencia han entendido que se trata de una conducta de **Apropiación Indevida** de cosa perdida **en lo que exceda de la parte que le corresponda al descubridor**, si bien algunos autores señalan que debiera castigarse como un ilícito civil. Así señalan los artículos 351 y 352 del Código Civil lo siguiente respecto a los tesoros encontrados:

Artículo 351: El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor.

Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado.

Artículo 352. Se entiende por tesoro, para los efectos de la Ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste.

APROPIACIÓN DE COSA RECIBIDA POR ERROR

Por último y para finalizar con el análisis de la Apropiación Indevida señala el artículo 254 lo siguiente:

“Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros”.

Respecto a su análisis podemos señalar lo siguiente:

- ❑ Se castigan DOS CONDUCTAS: a) habiendo recibido por error de forma indebida niegue estos extremos; b) comprobado dicho error no proceda a su devolución.
- ❑ No debe exceder de 400 euros ya que de lo contrario sería una FALTA.
- ❑ Si en lugar de producirse el error en el sujeto pasivo (“entrega la cosa sin querer”) éste se ha producido por engaño del sujeto activo (Ej.: **ingrésame en mi cuenta 1000 euros y con esto yo te hago los pagos que surjan durante tu ausencia no realizando éstos y quedándose con el dinero**) estaremos ante un DELITO DE ESTAFA.

CASUÍSTICA:

1. Juan, Policía de profesión, al observar su cuenta corriente y la nómina del mes comprueba que tiene en la misma un ingreso de 8000 euros por parte de la Dirección General de la Policía; en lugar de proceder a comprobar lo ocurrido, pues debe tratarse de un error, aprovecha para ir al Banco y saca dicho dinero antes de que se den cuenta, procediendo a apropiarse de algo que no es suyo.
2. José recibe un paquete postal en su casa por error (conteniendo una vajilla) el cual iba dirigida a su vecino; una vez comprobado este extremo en lugar de entregárselo a éste se queda con dicha vajilla ya que le viene muy bien para la casa.

DELITO DE ESTAFA

Vamos a proceder al estudio y análisis del tipo delictivo de la Estafa recogido en el Capítulo VI (DE LAS DEFRAUDACIONES) cuya Sección 1ª habla de las Estafas (Artículos 248 y ss. del Código Penal).

Dicho tipo delictivo aparece recogido y definido en el artículo 248, siendo penado en el artículo 249 y agravado en el artículo 250.

Nos centraremos principalmente en su tipo básico (**248 el cual ha sido modificado con la última reforma operada en el Código Penal de 22 de Junio de 2010**, y que supone un cambio importante respecto a determinadas conductas, que antes de dicha reforma eran consideradas robo con fuerza mediante uso de llave falsa, y ahora van a ser consideradas como estafa por manipulación informática, bien delito o bien falta) y las conductas agravadas así como su diferencia, especialmente cuantitativa, con la falta de Estafa, y su posteriormente aplicación y distinción, la cual será importante y creemos que relevante, en la operativa y práctica policial (Casuística).

Así señala el artículo 248 lo siguiente:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Respecto a su análisis podemos señalar los siguientes elementos constitutivos de la misma, los cuales han sido expuestos en numerosas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

- ❑ **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:** Se va a proteger el **PATRIMONIO** privado ajeno, cuando es atacado por medios fraudulentos o utilizando engaño.
- ❑ **SUJETOS:** Respecto al **ACTIVO**, podrá ser **CUALQUIERA** si bien si concurren las relaciones de parentesco del **artículo 268**, se beneficiará de la excusa absolutoria. (ver delito de Hurto y Robo de este manual donde se analiza la misma; **EL PASIVO** ha de poseer la suficiente inteligencia y voluntad como para que pueda ser engañado, por lo que de faltar este los hechos **se calificarán de hurto y no de estafa**; y podrá coincidir o no con el perjudicado (**EJ: Me engaña para que le entregue una cantidad de dinero para una inversión que es mentira siendo yo el perjudicado y sujeto pasivo**) o no (**EJ: Me engaña a mi para que le traspase dinero de una cuenta para una inversión, si bien el dinero pertenece a mi mujer; yo soy el engañado, sujeto pasivo, pero el perjudicado es otro, mi mujer**). Asimismo será necesario e imprescindible que el **SUJETO PASIVO EXISTA AUNQUE SE DESCONOZCA SU IDENTIDAD** ya que de lo contrario no existiría dicho tipo delictivo.
- ❑ **ENGAÑO (ELEMENTO ESENCIAL O NUCLEAR DEL DELITO)** el cual debe ser **PRECEDENTE O CONCURRENTE** a dicha acción y debe ser “**BASTANTE**” es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos (Señala la Jurisprudencia que dicha conducta debe revestir “*apariencia de realidad y seriedad suficiente para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia*”; por lo que habrá que atender a las circunstancias de cada caso y a las circunstancias personales del sujeto afectado); **no existirá si el engaño es burdo, fantástico o increíble incapaz de mover la voluntad de las personas** atendiendo al ambiente social y cultural en el que se desenvuelven (**EJ: Si intentas realizar el timo del tocomocho a una persona y esta se da cuenta del engaño y comprueba que el que se hace pasar por “ tonto”**

no lo es tanto no existiría dicha conducta ni incluso en grado de tentativa si se comprobó, como así recoge la **ST5291/00**, que dicho engaño era tan burdo que era imposible que ninguna persona “pícará” y realizará a consecuencia del mismo un acto de disposición patrimonial). Es posible el **ENGAÑO POR OMISIÓN**, si bien habrá que estar a cada caso pues de lo contrario se podrían criminalizar aspectos de la vida contractual que son simplemente ilícitos civiles. (**EJ: Notario que firma títulos de obligaciones aparentando que los mismos están garantizados con una hipoteca cuando en realidad no era así porque la escritura no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad; STS 1036/2003**)

- Como consecuencia de este engaño se ha de producir en el sujeto pasivo un **ERROR ESENCIAL**, es decir un conocimiento equivocado o juicio falso que le va a llevar a actuar de una manera no querida con el consiguiente perjuicio patrimonial.
- Debido a dicho engaño llevado a cabo por el sujeto activo va a producir en el sujeto pasivo un error en su actuación, y como consecuencia de éste, le llevará a realizar un **ACTO DE DISPOSICIÓN**, con el consiguiente **PERJUICIO PROPIO O AJENO RELACIÓN (DE CASUALIDAD)** el cual deberá ser superior a 400 euros para ser constitutivo de delito ya que de lo contrario sería una falta; Por otra parte dicho **PERJUICIO DEBE SER ECONÓMICO (propio o ajeno) NO DE OTRO TIPO (EJ: Engaño a una persona para que realice un tipo de tarea laboral que no tenía que realizar y como consecuencia de esto sufre un perjuicio o afectación en el ámbito laboral (ha tenido que echar más horas para realizar el trabajo) pero no en su patrimonio. ST 1881/2002, de 15 de Noviembre entre otras).**
- ANIMO DE LUCRO:** Como **elemento subjetivo del injusto**, que consiste en “cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente, inclusión hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia” (criterio discutido ampliamente); *lo importante es dicha existencia no NECESARIO O PRECISO QUE EL LUCRO BUSCADO LLEGUE A ALCANZARSE O QUE ESTE SEA PROPIO, BASTANDO QUE SE REALICE PARA BENEFICIAR A UN TERCERO* (**EJ: Personal bancario que para elevar el número de clientes de la sucursal bancaria comete la actividad ilícita (engaño) de prometer tipos superiores a las de otras entidades no siendo esto cierto; beneficio o ánimo de lucro no propio sino de dicha entidad con el consiguiente perjuicio de los clientes.**)

GRADO O FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN:

En el delito de estafa se admiten las formas imperfectas de ejecución (**TENTATIVA**), no siendo indispensable que se produzca el resultado, bastando la intención de ejecución del mismo o que se hayan realizado todos los actos tendentes a conseguir dicho resultado (el acto de disposición) si bien **por causas ajenas o independientes a la voluntad del autor no se han conseguido**.

Por tanto se **CONSUMARÁ** cuando el **engañado realice el acto de disposición patrimonial** que provoca el daño en su patrimonio (PERJUICIO) **NO SIENDO NECESARIO QUE EL AUTOR DISFRUTE O PUEDA DISFRUTAR DE LO ILÍCITAMENTE OBTENIDO**.

Si bien a pesar de lo expuesto, en ocasiones habrá que estar a las circunstancias de cada caso y las personales de la víctima o sujeto afectado, ya que como se expuso anteriormente y como recoge la propia Jurisprudencia en STS 529/2000, en el conocido timo del **tocomocho no se apreciará (así lo hizo) ni siquiera el grado de tentativa en la conducta de estafa si la víctima se da cuenta que el que hacía de tonto no era tan “ tonto”, apartándose de la operación, y no existiendo por tanto un engaño serio ni aparentemente real**.

- CONSUMACIÓN:** Ej.: Juan lleva el coche a arreglar a un taller y una vez que se lo han arreglado (coste de 700 euros) le dice al encargado que se lleva el coche un momento para sacar dinero de un cajero que está a 2 KM y pagar la reparación no regresando ni teniendo intención de hacerlo.
- TENTATIVA:** Ej.: Juan simula haber tenido un accidente de trabajo para cobrar una póliza de seguro que tiene contratada para estos casos y comunica dichos hechos a la aseguradora la cual tras comprobar que los mismos son falsos no abona dicho dinero (si solo simulara haber tenido el accidente pero no procediera a comunicar dicha incidencia a la aseguradora dicha conducta sería atípica como forma de acto preparatorio impune).

Asimismo si ya se ha producido la estafa y ha existido el correspondiente acto de disposición y perjuicio para la víctima (**EJ: Le pide 1000 euros como anticipo para hacerle unos trabajos en la casa que no tiene intención de realizar y que no realiza**) y posteriormente devuelve el dinero o parte del mismo, el delito de ESTAFA YA ESTARÍA CONSUMADO AFECTANDO DICHA DEVOLUCIÓN A LAS POSIBLES RESPONSABILIDADES CIVILES NO A LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN PENAL; lo expuesto muchas veces se realiza como estratagema del autor una vez descubierto o cogido por la víctima para evitar una posible denuncia o un escándalo mayor si bien dicha persona habría cometido ya el hecho delictivo.

ESTAFA INFORMÁTICA:

En el apartado segundo del artículo 248 del vigente Código Penal se recoge la denominada estafa informática. Así, señala dicho artículo lo siguiente:

También se consideran reos de estafa:

- a) Los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.*
- b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.*
- c) Los que utilizando tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.*

En dicho tipo subsisten los mismos elementos necesarios para la configuración del delito de estafa tradicional (ánimo de lucro, engaño, acto de disposición patrimonial...) si bien el engaño no se va a realizar en el ámbito de una relación personal sino a través de una manipulación informática.

Asimismo el tipo habla no solo de manipulación informática sino de artificio semejante, por lo que se admitirán distintas modalidades de comisión tales como la creación de ordenes de pago o transferencias o bien a través de manipulaciones de entrada y salida de datos (o actuando sobre el mismo programa) en virtud de los cuales la máquina va a realizar su función mecánica propia.

Por “artificio semejante” se ha de entender cualquiera donde se utilice una artimaña, un truco, un enredo...; así podría encuadrarse en dicho tipo delictivo la **persona que aparenta ser el titular de una tarjeta de crédito la cual tiene en su poder de forma ilegítima (la ha sustraído, se la ha encontrado...) y se pone de acuerdo con otra persona (su amigo José), el cual es un experto en informática, para a través de un programa creado por éste e introducido en el terminal bancario obtener una serie de fondos o dinero no consentido por el perjudicado o víctima**

Se ha introducido un tercer apartado (la utilización de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje..) con la reforma del Código Penal el cual viene a dar por zanjado determinadas cuestiones e interpretaciones jurisprudenciales respecto al uso de tarjetas de crédito así como su consideración penal (robo con fuerza o estafa).

Por tanto, con la reforma operada en el Código Penal, y con la modificación de dicho artículo 248, **la utilización de TARJETAS DE CRÉDITO PARA LA OBTENCIÓN DE DINERO (así como las tarjetas de débito y los cheques de viaje) ha pasado a ser considerado una estafa por manipulación informática (falta o delito atendiendo al valor de lo sustraído) y ya no robo con fuerza mediante el uso de llave falsa (Ver apartado de Robo con Fuerza de dicho manual y su diferenciación y análisis amplio con la Estafa Informática así como la sentencia ahí recogida del TS de 9-5-2007 al cual me remito); de ésta forma se va a favorecer al reo o culpable pues la pena de la estafa va a ser inferior a la del robo con fuerza.**

En base a lo expuesto anteriormente, podemos diferenciar algunas posibles conductas:

1. **Pedro observa el número de PIN cuando Luis saca dinero de un cajero; a continuación le sigue y le sustrae la cartera al descuido y va a sacar dinero; dicha conducta antes considerada Robo con Fuerza ahora será calificada como UN DELITO DE HURTO Y OTRA DE ESTAFA.**
2. **Si le quito la cartera al descuido y voy a intentar sacar dinero de forma inmediata con una de las tarjetas que tiene y no puedo porque no tengo el pin; dicha conducta antes calificada como UN DELITO DE ROBO CON FUERZA en TENTATIVA (absorbería el delito de hurto al existir una continuidad delictiva; otra cosa sería que le quitase hoy la cartera y el dinero y al día siguiente con la tarjeta intentase sacar dinero y no pudiese ya que este caso cometerá dos hechos delictivos HURTO Y ESTAFA) ahora debiera calificarse como un DELITO DE HURTO Y OTRO DE ESTAFA EN GRADO DE TENTATIVA. (FALTA O DELITO).**
3. **Si lo que hago es quitarle la cartera con violencia y a continuación me voy a sacar dinero con una de las tarjetas que tiene y no puedo dicha conducta será calificada como ROBO VIOLENTO EN CONCURSO CON UNA ESTAFA EN GRADO DE TENTATIVA.**
4. **Incluso un supuesto más “ gracioso o utópico”; le sustraes la cartera al descuido y con una de las tarjetas de crédito intentas sacar dinero y no puedes; a continuación vuelves donde estaba ésta persona y le intimidas para que te de el pin (NO LA CARTERA ENTERA) volviendo al cajero a sacar dinero: en este caso dicha persona habría cometido un delito de HURTO CONSUMADO, OTRO DE ESTAFA (FALTA O DELITO) EN TENTATIVA, UN DELITO DE COACCIONES O AMENAZAS Y OTRO DE ESTAFA CONSUMADO.**

Todo lo expuesto es importante para conocer las últimas corrientes jurisprudenciales y la evolución del Código Penal, así como la interpretación llevada a cabo por los tribunales de determinadas conductas delictivas las cuales pueden afectar o tener incidencia en nuestra actuación y devenir policial diario; si bien debemos distinguir tipos penales no debemos calificar (esto lo harán los tribunales) de forma individual dichas conductas y por tanto sería más recomendable y conveniente realizar una calificación genérica(delito contra el patrimonio) y posteriormente que sea el propio tribunal quien se encargue de determinar si se trata de uno u otro tipo penal.

Respecto a las estafas informáticas, y para finalizar, evidentemente no es lo mismo que se manipulen sistemas informáticos para defraudar (ESTAFA INFORMÁTICA) y otra, completamente distinta, que se confeccione una nueva tarjeta de crédito (Clonación o duplicado de tarjetas o más conocido como Skimming) mediante la incorporación falsa de datos para, posteriormente, llevar a cabo actos fraudulentos (sacar dinero u otras actividades); en este caso podríamos hablar ya de un concurso entre **FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO (ART.399 BIS también modificado con la reforma del Código Penal, ya que antes de ésta era considerado como falsificación de moneda y se regulaba en**

el anterior artículo 387 también modificado Y ESTAFA . Dicho supuesto se analizará posteriormente en dicho manual cuando se haga referencia a los delitos informáticos y entre ellos la Estafa informática.

DIFERENCIAS, RELACIÓN Y CONCURSOS CON OTROS HECHOS DELICTIVOS:

CONTRATOS CIVILES O MERCANTILES CRIMINALIZADOS:

Existe una Jurisprudencia específica sobre dicha figura jurídica al objeto de diferenciar la misma como un posible ilícito penal (Delito de Estafa) o como una mera responsabilidad o ilícito civil sobre todo cuando se realizan operaciones o contratos de compraventa.

EJ: Juan, comerciante de profesión, y que ha realizado otras operaciones anteriores, pacta con Luis, propietario de una tienda, la entrega de material informático a cambio de 9000 euros firmando éste para ello tres pagarés de 3000 euros a cobrar el primero de mes de los meses Octubre, Noviembre y Diciembre. Llegado el primero de ellos, y antes de su vencimiento Luis le dice a Juan que no tiene liquidez suficiente y que no va a ser posible que cobre el primero de ellos si bien le dice que al siguiente mes cobrará los dos, ya que espera disponer de dicha liquidez. Juan se fía de Luis ya que anteriormente ha habido realizado otras operaciones similares y no había tenido ningún problema; al llegar el siguiente mes e ir a cobrar los dos pagarés (Octubre y Noviembre) comprueba que no es posible ya que Luis carece de fondos y no dispone de dicha cantidad. Puestos en contacto con Luis está manifiesta su intención de pagar si bien el problema es que en este momento pasa por una difícil situación; respecto a los bienes (material informático), ya no dispone de todos ellos para devolverlos, y sólo podría devolver una parte pues la otra ha sido vendida a otras tiendas (no siendo esto cierto) y está también a la espera de recibir el dinero de éstos.

Así la reciente STS de 9 de Julio de 2009, en base y siguiendo otras sentencias dictadas con anterioridad por el Tribunal Supremo, señala que si el engaño del comprador (oculta parte del material informático adquirido y no paga su precio) surge con posterioridad a la formalización del contrato de compraventa (engaño sobrevenido o "dolo subsequens") se excluirá la calificación de los hechos como delito de estafa ya que dicho tipo delictivo exige que el mismo sea ANTECEDENTE O CONCURRENTE; por tanto si la persona o una de las partes sabía desde el primer momento o tenía intención de no cumplir con lo pactado (ENGAÑO PREVIO O CONCURRENTE A LA CELEBRACIÓN DE DICHO CONTRATO; le entrega el material informático valorado en 9000 euros y le firma unos pagarés los cuales nunca podrá cobrar porque no tienen fondos suficientes) SI ESTARIAMOS ANTE UNA ESTAFA O NEGOCIO JURÍDICO CRIMINALIZADO DE LO CONTRARIO DICHA CONDUCTA NO SERÍA SANCIONABLE PENALMENTE Y TAN SOLO LO SERÍA DE FORMA CIVIL.

Lo expuesto anteriormente se determinará en sede judicial (sobre todo si dicho engaño ha sido anterior o posterior a la celebración de dicho contrato o relación jurídica) por lo que nosotros en la actuación policial, al desconocer el mismo o dicha intención, actuaremos como si se tratará de un delito de estafa; si no lo

tenemos claro, lo mejor dar cuenta e informar de estos hechos al Juez y que este decida.

CON LA APROPIACIÓN INDEBIDA

Se trata de delitos totalmente heterogéneos respecto a los requisitos subjetivos que uno y otro requieren para su comisión; sin embargo el elemento principal y diferenciador con ésta es que en la apropiación indebida no existe el ENGAÑO PREVIO sino que lo que hay es un ABUSO DE CONFIANZA (podría existir en la apropiación indebida engaño pero este aparecería como algo subsiguiente o posterior a la entrega, ya que el propietario entrega a otra persona (receptor) dicho objeto o bienes de forma libre y voluntaria pero éste quebrará la relación de confianza y se apropiará de la cosa o dispondrá de ésta para un destino distinto a lo pactado en provecho propio o de otras personas).

En uno (apropiación indebida) te apropias de algo que ya tienes en tu poder, a veces mintiendo y utilizando engaño, pero a posteriori para hacer creer a quien te lo dio que ya no lo tienes y el otro (estafa) tu intención desde el primer momento es engañar a la otra persona para que te entregue a algo o realice algún acto de disposición patrimonial con el consiguiente perjuicio para ti o un tercero.

APROPIACIÓN INDEBIDA: Te quedas o te apropias de una minicadena que te ha dejado tu amigo para que se la cuides o la uses (deposito) durante una semana y cuando te solicita que se la devuelvas dices que ya no la tienes porque no sabes como ha desaparecido de tu casa o te la han sustraído (podría ocurrir que efectivamente cuando debe devolvérsela ya no la tenga porque se la hayan sustraído; es este caso se deberá acreditar y justificar esto con la correspondiente denuncia y en caso de que fuera así y no pagará el correspondiente valor de dicho objeto o le restituyera con otro similar dicha responsabilidad ya no sería penal sino meramente civil si bien todo esto muchas veces se acreditará o se depurará en sede judicial procediendo en este caso y ante la duda de un ilícito penal o civil a dar cuenta de dichos hechos a la autoridad judicial para que esta decida.

ESTAFA: En este caso tu intención es engañar desde el primer momento y le dices a tu vecino que te deje la minicadena u otro objeto para usarla durante unas horas y lo que haces cuando la recibes es venderla a un perista y obtener un dinero por esta con el consiguiente perjuicio para la víctima (ENGAÑO PREVIO O CONCURRENTE).

CON EL DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL.

Cabe el concurso de la Estafa con la falsedad documental siempre que se trate de un **documento público (Art. 1216 Código Civil y 317 LECr.;** en general «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley») **oficial** (provenientes de las administraciones públicas y de los demás entes o personas jurídicas públicas, en cumplimiento de sus funciones y fines; libros parroquiales, boletos de lotería, partidas de nacimiento, placas matrícula....) **o mercantil** (contemplados en la legislación mercantil y,

además, que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado; recibos, facturas, albaranes...) **NO LOS PRIVADOS** y siempre que este haya sido utilizado como medio para realizar aquella. (**EJ: Falsifico un pagare, un cheque, una tarjeta de crédito... y luego la utilizo para realizar un acto de disposición patrimonial (voy al banco a cobrarlo); si solo lo falsifico y no lo utilizó cometeré solo un delito de falsificación del tipo que sea.**

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha señalado que cuando se trata de **documentos privados** (a veces el problema surge al delimitar éstos ya que no existe un concepto de los mismos reputándose como tales aquellos que no sean públicos, oficiales o mercantiles; por ejemplo una fotocopia de un documento que no ha sido compulsado o autenticada, un contrato privado de alquiler...) no existirá dicho concurso delictivo y si un **CONCURSO DE NORMAS y la ESTAFA ABSORBERÁ DICHA FALSEDAD AL IMPONER MÁS PENA.**

También se considerarán privados los que se incorporen a un documento oficial o publico; seguirán siendo privados a efectos de falsificación si ésta se produjo antes de la incorporación al mismo.

En este sentido la STS 746/2002 señala que en dicho supuesto, con la “falsedad del documento privado solo se desplegaron efectos frente a los perjudicados y su único fin era engañarlos para que realizasen un acto de disposición patrimonial sirviendo dicha falsedad para completar el mismo y configurar la estafa sin lesionar otro bien jurídico, en este caso proteger la fe y la seguridad del tráfico jurídico”.

Respecto a las **fotocopias** antes aludidas de documentos, señalar (como así lo ha hecho la propia Jurisprudencia) que si esta no esta compulsada, cotejada o autenticada no podrá homologarse a documento oficial aunque se trate de una fotocopia de éstos al entenderse que la misma sólo transmite la imagen pero no la naturaleza jurídica del documento; sin embargo **si ya están compulsadas tendrán la misma naturaleza que el documento original** pues su valor probatorio les viene otorgado por la intervención de un fedatario público; **EJ: Si los documentos falsificados son fotocopias compulsadas de un título de graduado escolar tendrán la consideración de documento oficial.**

CON FRAUDE CON FUNCIONARIO PÚBLICO.

Si la conducta defraudatoria (estafa) fuera cometido por un funcionario público será de aplicación el artículo 438 que señala lo siguiente:

“La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

Dicho tipo penal ya contiene una agravante penal específica respecto al delito de estafa común (se agrava en su mitad superior); lo importante es la cualidad del sujeto activo (funcionario o autoridad) **NO SIENDO NECESARIO QUE ACTUE EN**

EL ÁMBITO ESTRICTO DE SUS FUNCIONES sino que aproveche su condición funcional de modo que su cargo la facilite la comisión de dicha infracción.

EJ: Funcionario de Policía que aprovechando esto (aunque esté fuera de servicio) le dice a un vecino, que sabe que lo es, que a cambio de 4000 euros le puede conseguir una motocicleta en muy buen estado, valorada en 8000 ya que una persona, mecánico, le debe un favor y se la dejaría a ese precio; cuando recibe la moto acude a otro taller a hacerle una revisión y le dicen que dicha moto está “muy cascada y deteriorada”, inquiriéndole que quien se la ha vendido y por cuanto, ya que una vez revisada su valor no ascendería a más de 800 euros.

EJ: En el mismo ejemplo anterior si se tratasen de bienes o efectos públicos (le dice a su vecino que como Policía en su trabajo se dedica al mantenimiento de vehículo y motos policiales y que puede sacar una de estas motos y preparársela para que la utilice en la vida normal diciéndole eso si que a cambio deberá entregarle una cantidad de dinero unos 8000 euros) el funcionario o autoridad cometería un **delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 432** (dicha bien, moto, es un bien público del estado) e incluso un delito de fraude o estafa del 438 si su vecino le da los 8000 euros y posteriormente no le entrega la moto quedándose con ésta.

CASUÍSTICA DEL DELITO DE ESTAFA:

Vamos a reseñar una serie de casos y ejemplos en el ámbito de la estafa como ilícito penal los cuales esperamos puedan servir para la aplicación y diferenciación de este tipo delictivo respecto a otros, la mayor parte de ellos sacados de sentencias penales.

1. Obtención de talones firmados en blanco para rellenarlos después con cantidades desproporcionadas, consiguiendo así enriquecerse con ello.
2. Celebración de una venta a través de una “muestra” del producto la cual resulta ser de distinta calidad que la mercancía.
3. Utilización de “sociedades de fachada o de paja” para realizar operaciones imaginarias con el consiguiente perjuicio para las personas que emplean éstas.
4. Creación aparente o falsa de una sociedad constructora.
5. Alquiler de un automóvil por una persona insolvente.
6. Cobro de honorarios y minutas por un abogado por la realización de falsos trabajos.
7. Inclusión en una factura de trabajos no efectuados.
8. Persona que se aloja en un hotel y después no paga (apariencia de solvencia y engaño previo).
9. “Peonadas” no realizadas incluidas en la nómina.(si fuesen realizadas por Funcionario Público o Autoridad cometería el fraude del artículo 438; e incluso si se tratasen de nóminas o dinero público podría incurrir en un delito de malversación de caudales públicos).
10. Los contratos de seguros, como así ha recogido la propia Jurisprudencia pueden dar lugar a varios delitos de estafa:
 - Provocación intencionada del siniestro por el asegurado para cobrar la indemnización

- Falsear el parte del siniestro para cobrar más indemnización
 - Simular la producción de un siniestro en la vivienda asegurada.
 - Falseamiento de una póliza de seguro para que cubra un accidente de circulación ocurrido antes.
11. Llevar el vehículo al taller para reparar sabiendo que no se pagará y retirarlo una vez arreglado sin abonar el importe.
 12. Cobrar prestaciones de la Administración sabiendo que ya no se tiene derecho.
 13. Obtener medicamentos simulando ser pensionista de la Seguridad Social.
 14. Llenar el depósito de gasolina y no abonar la cuenta o no abonar la cuenta de una comida.
 15. Si yo le quito la tarjeta a mi compañero de piso y saco dinero con ella sin su consentimiento porque me se el pin cometeré un DELITO DE ESTAFA ya que estaría realizando como recoge el artículo 248.2 a y c “una manipulación informática o artificio semejante” efectuando una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero (mi amigo) en este caso a través de manipulaciones de entrada o salida de datos (conozco el pin) en virtud de los cuales la máquina actúa en su función de mecánica propia; SI YO ESTUVIESE AUTORIZADO POR MI AMIGO DICHA CONDUCTA SERÍA ATÍPICA.
 16. Falsificación de la banda magnética de las tarjetas de crédito o débito constituye un DELITO DE FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO (399 BIS); si posteriormente se usa (que es lo que suele hacerse) para sacar dinero, para comprar en centros comerciales o similares, concursaría con un delito de ESTAFA; actividad conocida como Skimming.
 17. Respecto a los TRILEROS; para que sea constitutivo de un delito de estafa es preciso la aceptación a la invitación del juego (engaño previo con una persona que hace de “cebo” para aprovecharse de una víctima, generalmente extranjera; si los trileros son "pillados" in fraganti: FALTA O DELITO INTENTADO DE ESTAFA; Si son varios los autores ESTOS SERÁN CONSIDERADOS COMO COOPERADORES NECESARIOS (ST AP Barcelona 16-06-2008).
 18. Respecto a la posible estafa cometida por los **CURANDEROS**, el Tribunal Supremo se ha pronunciado absolviendo una persona condenada por estafa por la Audiencia Provincial de Cádiz a 2 años y medio de cárcel por comprometerse a cambio de 18.000 euros a curar a un enfermo terminal de cáncer; señala el T.S. entre otras cuestiones que "la esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal" y que **no se da el suficiente engaño** porque "el ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales". Se considera **que no existe estafa** cuando el sujeto pasivo acude a médium, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buenaventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una **respuesta penal**. En estos casos se considera que el **engaño es tan burdo e inadmisibles que resulta inidóneo** para erigirse en el fundamento de un delito de estafa; por tanto en este caso la reclamación tan solo podría encauzarse desde el punto de vista civil.

ANÁLISIS DE LAS AGRAVANTES DE LA ESTAFA:

Vamos a proceder a realizar un breve análisis y estudio de las agravantes del delito de estafa, cuyo conocimiento a efectos policiales puedan no tener mucha relevancia, pues su aplicación o no dependerá del juzgador, si bien si puede ser importante cierto conocimiento al objeto de plasmar todo lo ocurrido forma detallada en el correspondiente atestado policial.

Así, señala el artículo 250 del Código Penal, el cual también ha sido modificado con la última reforma operada el 22 de Junio de 2010, lo siguiente:

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1. ° Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

La categoría **cosas de primera necesidad** se encuentra referida a aquéllas de las que no se puede prescindir; es decir a los productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas.

Respecto a las “cosas de utilidad social”, se ha entendido aquellas destinadas a la satisfacción de fines o intereses colectivos.

Se ha entendido como cosas de primera necesidad la **asistencia médica, los alimentos, medicamentos, viviendas, los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de los extranjeros inmigrantes en España** (1735/2003, de 26 de diciembre).

Respecto al **dinero, éste no puede reputarse como de primera necesidad**; lo serían “las cosas” que pudieran adquirirse con el mismo, pero el dinero es simplemente un símbolo abstracto sin utilidad en sí mismo.

Respecto a las **VIVIENDAS**, es la estafa que se comete engañando al que pretende comprar una vivienda y defraudándole, bien porque la misma no le es entregada, bien porque la que se le entrega tiene cargas desconocidas o calidades muy distintas de las pactadas (**ESTAFA**, si el promotor de estas desde su inicio simula ser solvente y disponer de medios económicos cuando no es así para construir las viviendas y recoge los anticipos de los futuros compradores o **APROPIACIÓN INDEBIDA** cuando no media esa ficción engañosa pero hace suyos los anticipos sin devolverlos a posteriori ni entregar la vivienda prometida).

De igual forma, como así se ha pronunciado la Jurisprudencia, dicha agravante es de aplicación a las **viviendas que constituyan el domicilio o morada del comprador**, e integren por tanto bienes de primera necesidad, pero **no a las de segundo uso, con finalidad de recreo**; también se ha aplicado cuando se ofertaba la venta de un piso y una plaza de garaje en conjunto cobrando el precio cuando sabía que al comprador no le correspondía dicha plaza o a la venta de viviendas sobre planos realizada sin licencia ni posibilidad de obtenerla.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

El abuso de la firma de otro es interpretado por algunas sentencias del TS al afirmar que se trata de un delito que tiene dos fases:

1ª El documento es entregado por su firmante en blanco al sujeto activo de la defraudación (al que realiza la estafa).

2ª Éste lo completa (el documento) en términos distintos a los convenidos con aquel firmante, causando así el perjuicio al ser utilizado el documento para una finalidad distinta.

3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

Dicha circunstancia es similar a la que se en el delito de hurto (235) y Robo con Fuerza que ya fueron analizadas en la parte correspondiente de dichos tipos penales en este manual a las que me remito.

4.º Revista especial gravedad, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

Circunstancias, como puede apreciarse, valorables en Sede Judicial en función de los hechos ocurridos (estamos ante conceptos jurídicos indeterminados); en cuanto a la **situación económica** en que se deja a la víctima o a su familia, se ha apreciado en el caso de **entrega de todos los ahorros**. (STS 142/2003, de 5 de febrero).

5ª.-Cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 euros.

Antes de esta reforma del Código Penal, la Jurisprudencia lo venía estimando o acudía a una cifra orientativa o referencial de **36.000 euros** (6 millones de pesetas); por tanto ahora se ha elevado dicha cantidad; para su estimación es preciso ponderar el contenido económico de las cosas al tiempo de cometerse la defraudación.

6.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

Dicha agravante está reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantarse una confianza genérica, que es típica de dicho tipo delictivo de la estafa se realice la acción desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad, ya que de lo contrario no se aplicaría.

EJ: Especial relación personal entre las víctimas ingresadas en una Residencia de Ancianos y la defraudadora, propietaria y directora de la misma, que aprovecha ésta para estafarlas.

Se ha apreciado en los siguientes casos:

- Al compañero sentimental de la hija de la víctima (142/2003, de 5 de febrero).
- A quien mantenía relaciones sentimentales con la víctima (2015/2001, de 22 de diciembre).
- La agente tiene la condición de letrada por el reforzamiento de la confianza derivado de esa relación profesional (1753/2000, de 8 de noviembre).
- Engaño a una compañía de seguros por parte de una agente ligado por un contrato de agencia.(3/2004 15 enero).

NO SE APRECIO por el mero hecho de SER VECINAS, pero si caso de una incipiente amistad de vecindad (626/2002 11 de abril); ni tampoco cuando el defraudador estafó a la entidad bancaria al entender que no existían relaciones personales entre ambos, y que la confianza vulnerada era la genérica. (Delito de Estafa normal, STS 890/2003).

7º.-Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

La estafa procesal constituye una modalidad específicamente agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado, se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria. **(SE PERJUDICA NO SOLO EL PATRIMONIO PRIVADO AJENO SINO TAMBIÉN EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA).**

Lo que caracteriza a la estafa procesal, como señala el TS, es que el sujeto pasivo engañado es, en realidad, el titular del órgano Jurisdiccional (que no coincide con el perjudicado, el cual es la víctima) a quien, a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o a dictar una resolución que de otro modo no hubiera seguido o dictado.

Asimismo es necesario que estas maniobras fraudulentas posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable en el Juez.

CONSISTE EN LA UTILIZACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA OBTENER UN BENEFICIO ILÍCITO, ES DECIR EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE UN DERECHO QUE NO SE TIENE UTILIZANDO UNA MANIOBRA ENGAÑOSA DE NATURALEZA PROCESAL.

Ej.: los litigantes de un proceso se ponen de acuerdo para aparentar una determinada situación jurídica que no es verdadera, con la que se engaña al Juez que dicta la correspondiente resolución lesiva para un tercero.

NO SERÁ DELITO SI LA FINALIDAD ÚLTIMA ES LEGÍTIMA (ej.: cobrar una deuda que se reclama en la demanda) AUNQUE HUBIERA HABIDO ENGAÑO EN ALGUNO DE LOS ELEMENTOS AFIRMADOS EN TAL DEMANDA (ej.: ocultaciones en el proceso) AL FALTAR UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA ESTAFA COMO ES EL PERJUICIO PATRIMONIAL PROPIO O AJENO.

2. Si concurrieran las circunstancias 4ª, 5ª y 6ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

Por último y para finalizar con el delito de Estafa haremos referencia al **artículo 251** del vigente código penal el cual señala:

Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1. ° *Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.*
2. ° *El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.*
3. ° *El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.*

Nos estamos refiriendo en este caso, como señala la Doctrina y la propia Jurisprudencia, a **modalidades de estafa impropia**, no siendo ya **necesario para castigar dichas conductas que concurren todos los elementos que componen la definición de la estafa propia**, la del art. 248. Así, entre sus características diferenciales se encuentran:

- Se trata de delitos específicos con un contenido autónomo.
- Poseen una penalidad diferente al no haber ya una remisión a las penas de la estafa ordinaria, ni puede aplicarse ya ninguna agravación aunque concorra alguna de las circunstancias recogidas en el art. 250. (INDEPENDENCIA DE PUNICIÓN).

En el apartado primero de dicho artículo se viene a castigar “**LA ATRIBUCIÓN DE FALTA DE DISPOSICIÓN**”, es decir atribuirse falsamente sobre una cosa facultad de disposición de la que se carece o habiéndola tenido ya la ha ejercitado (EJ: Digo que soy el titular o propietario de un piso, de un coche ...) y procedo a vendérselo a alguien, a ponerle un gravamen o carga o arrendar ésta; **NO EXISTIRÁ DICHO TIPO DELICTIVO SI EL COMPRADOR CONOCE QUE EL VENDEDOR NO ES SU LÍCITO PROPIETARIO AL NO EXISTIR ESE ENGAÑO PREVIO QUE ESA FALSA ATRIBUCIÓN REPRESENTA** (en este caso si compra sabiendo que le está mintiendo y que no es su propietario podría haber como mucho un ilícito o responsabilidad civil).

El supuesto más característico es el de la **DOBLE VENTA**; ej.: **vendo un piso o un coche a un particular y posteriormente el mismo, del que ya no dispongo, se lo vendo a otro**; hay que distinguir dos supuestos:

1. Si lo vendo a otro careciendo de facultad de disposición (no soy el titular o propietario) cometeré la conducta del 251.1
2. Si se lo estoy vendiendo a otra persona porque soy el titular (un coche) y el comprador me ha dado ya el dinero o una señal pero aún no le entregue el mismo y procedo antes de la efectiva transmisión a vendérselo a otro cometerá la conducta del artículo 251.2.

En el apartado segundo se recoge o se hace referencia a la OCULTACIÓN DE CARGAS O GRAVAMENES AL TRANSMITIR UN BIEN ASÍ COMO EL GRAVAMEN O VENTA DE ÉSTOS ANTES DE LA ENTREGA A SU NUEVO PROPIETARIO O ADQUIRENTE.

Gravamen se va a entender en un sentido amplio; así lo serán el embargo judicial, la prenda, la hipoteca, la anticresis, la anotación preventiva, las prohibiciones de enajenar, el arrendamiento de finca urbana...

Dicho tipo delictivo (251.2 “ **la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente**”) viene a superar la problemática existente anteriormente y la impunidad que la Sala Segunda del TS apreciaba cuando la primera enajenación no era seguida de la “ traditio o tradición” (entrega material de la cosa), por entender que el transmitente no había perdido su condición dominical (condición de titular de la cosa) ni se fingía dueño en la segunda venta, ni enajenaba dos o más veces

La inscripción de la hipoteca (que tiene carácter constitutivo) en el Registro de la Propiedad, no impedirá la comisión de este delito pues el Tribunal Supremo considera aplicable el tipo si el vendedor ocultó las hipotecas constituidas sobre el bien que se vendió como libre.

Respecto a la **COMPRAVENTA** se ha querido constituir al vendedor en **garante** respecto a la venta que realiza y que ésta no posea cargas o gravámenes **estando obligado el vendedor a informar al comprador sobre estos si existieran** en el momento mismo de acuerdo de voluntades; así señala el TS que “ no se puede hacer depender, para que el acto sea constitutivo de estafa, de que el perjudicado no haya empleado toda la diligencia necesaria para descubrir la situación real de la finca (u otro objeto) porque toda oferta de venta o aceptación de una oferta de compra, así como la de otros negocios jurídicos que implican disposición, constituye una afirmación tácita de que sobre el bien no pesan gravámenes (STS. 1158/1997, de 22-9).

“ Si bien, si los compradores conocieron la existencia del gravamen o pudieron tener fundadas dudas sobre el mismo, derivadas del contrato celebrado, y no acudieron al Registro de la Propiedad para comprobarlo, el engaño no puede considerarse idóneo y no hubo estafa” (**STC 497/2001, de 28-3**); y como mucho podrá haber **RESPONSABILIDAD CIVIL**.

Respecto al **CONTRATO SIMULADO**, señalar que lo que se castiga no es otra cosa que una declaración aparente, emitida de acuerdo con la otra parte para engañar a terceros (Ej.: imitación o fingimiento de un contrato inauténtico o falso con

intención dirigida a originar un perjuicio a tercera persona distinta de los que intervinieron en el contrato).

Dicho tipo penal podría concurrir con la falsedad documental de los artículos 390 y ss. del código penal y en especial con el 395 (Falsificación de documentos privados).

Ej.: La presentación de un contrato de subarriendo o de alquiler simulado para evitar un desahucio. (STS 1040/2002).

Ej.: La presentación de un contrato de arrendamiento no real para paralizar un procedimiento hipotecario en perjuicio de una entidad acreedora. (STS 1348/2002).

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA:

- Código Penal Comentado (COLEX).
- Código Penal Comentado (ARANZADI).
- Información obtenida de Internet (páginas relativas a noticias y conceptos jurídicos).
- El derecho.com como buscador de Sentencias.

TEMA 5.- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Javier Costa Barroso

SUMARIO:

- Breve Introducción.
- Análisis del Tipo y Elementos configuradores del Delito contra la Propiedad Intelectual.
- Análisis de las distintas conductas recogidas en el Código Penal.
- Descargas e intercambios de archivos por Internet.
- Casuística y Sentencias de Interés Policial.
- Elementos configuradores del Delito contra la Propiedad Industrial.
- Análisis del Tipo Penal: Patentes, Modelos de Utilidad y Productos Semiconductores.
- Defraudaciones de Signos distintivos y material vegetal.
- Marca notoria, renombrada y comunitaria.
- Protección Penal de las Obtenciones Vegetales.
- Utilización Fraudulenta de Indicaciones Geográficas o de Origen.
- Protección de Patentes Secretas y Casuística de interés policial.
- Casuística relativa a los delitos contra la Propiedad Industrial con referencia a distintas Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de España.

Dichos tipos delictivos que vamos a proceder a analizar se encuentran incardinados en el Capítulo XI (Sección 1ª, Delitos contra la Propiedad Intelectual; Sección 2ª Delitos contra la Propiedad Industrial) del Código Penal junto a otros tipos delictivos referidos al Mercado y a los Consumidores (Sección 3ª) los cuales no serán objeto de estudio y análisis en este manual.

Antes de entrar en materia y proceder al análisis de los mismos, hay que señalar sucintamente que dichos tipos delictivos fueron objeto de una reforma operada en el año 2003 (LO. 15/2003) cuyo fin principal era dar respuesta de manera eficaz a nuevas realidades delictivas y sociales que habían ido surgiendo por los nuevos avances tecnológicos; en dicha reforma se introdujeron una serie de medidas tanto penales como procesales. A saber:

1. Posibilidad de utilización del **agente encubierto** si dichos hechos o conductas fuesen cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada.
2. La posibilidad de llevar dichas conductas ilícitas a través del Procedimiento de Juicios Rápidos si a los autores se les hubiera detenido “in fraganti” (Ej.; los “Top Manta”).
3. **Información de derechos al ofendido o perjudicado por el delito** y su posterior citación a las personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de dichos derechos, legitimándose por tanto a las

entidades gestoras para su intervención en el proceso penal y agilizando los procesos.

4. Se introduce la posibilidad de la **destrucción de los efectos intervenidos**, una vez practicada la prueba pericial necesaria en relación a los efectos fraudulentos y siempre que éstos (naturaleza, datos...) queden reflejados de forma fehaciente para que luego puedan acreditarse en el posterior juicio oral.
5. El punto más importante desde el punto de vista de perseguibilidad y actuación policial ya dichas conductas pasan a ser PERSEGUIBLES DE OFICIO (antes se requería la denuncia de los perjudicados o la víctima y por tanto eran perseguibles a INSTANCIA DE PARTE).

Por otra parte con la **reciente reforma del Código Penal de 22 de Junio de 2010**, se ha introducido una modificación importante que va a afectar a una serie de conductas o hechos tipificados penalmente que hacen referencia al conocido como “top manta”, o la venta a pequeña escala de copias fraudulentas.

Con la misma se viene a romper o quebrar con el agravamiento penológico operado en la anterior reforma relativa a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (LO 15/2003 de 25 de Noviembre), máxime cuando se ha demostrado que la mayor parte de las veces los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, y que con tales actos o conductas aspiran a alcanzar ingresos mínimos para subsistir.

Así, se ha añadido un párrafo 2º al apartado 1 del artículo 270 relativo a la propiedad intelectual, que posteriormente se analizará, y se ha modificado el apartado 2 del artículo 274 (propiedad industrial) para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia.

Por tanto, el Juez, de forma potestativa y valorando las circunstancias de cada caso (distribución al por menor, características del culpable y escaso beneficio económico obtenido), y siempre que no concurra ninguna circunstancia agravante del artículo 271 o del 276, podrá imponer en lugar de una pena de prisión, una pena de multa, o de forma alternativa a ésta, trabajos en beneficio a la comunidad; incluso si en dichos supuestos el beneficio no excede de 400 euros, dicha conducta será castigada como falta (recogida en el artículo 623.5 de nueva creación con dicha reforma).

Respecto a los delitos contra la **Propiedad Intelectual** estos se encuentran recogidos en los artículos 270 y siguientes del vigente Código Penal. Así señala y recoge dicho artículo (**270**) lo siguiente:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo en o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico,

siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos en un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

ANÁLISIS Y ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL MISMO.

- **PROPIEDAD INTELECTUAL:** Se va a entender como el conjunto de facultades o **derechos de carácter personal (ideal) o patrimonial** de los que goza el titular de una **obra literaria, artística o científica** sin más límites que los establecidos dentro de cada ordenamiento jurídico. De dicha definición se extraen dos ideas principales:
 - A) Es necesario que se trate de una creación original, es decir que se plasme la individualidad y subjetividad del creador;
 - B) Que se halle plasmada en cualquier medio o soporte, pues **no se protegen ideas abstractas**, sino en cuanto están incorporadas a un medio material (libro, plano etc.).
- Se trata efectivamente de una **sobreprotección a través del Derecho penal** de un derecho que ya está protegido civilmente (a través de normativa propia, directivas, circulares...) pero tal sobreprotección se va a limitar a lo expresamente determinado en los tipos penales
- **BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:** Se protegen tanto DERECHOS DE AUTOR (PERSONALES) como PATRIMONIALES PERO PREDOMINAN ESTOS ÚLTIMOS.
- **OBJETO DE PROTECCIÓN:** Derecho exclusivo de explotación de una obra, ya sean literarias, artísticas o científicas en sentido amplio o general (INGENIO HUMANO); SIEMPRE QUE ESTÉN INCORPORADAS A UN SOPORTE (LIBROS, CDs...) NO LAS IDEAS ABSTRACTAS.
- **TIPO DOLOSO** no cabe la imprudencia.

- **SUJETO ACTIVO:** Cualquiera que sea imputable; **PASIVO:** Tanto el Autor de la obra, causahabientes (herederos o “mortis causa”) o cesionarios (“mortis vivos”).
- **ELEMENTO SUBJETIVO:** Es necesario el **Animo lucro** (se probará con lo que objetivamente rodea a esa actividad ilegal) y que se **realice en perjuicio de terceros** (DELITO DE TENDENCIA) pero no exige para su **consumación** ningún tipo de resultado (MERA ACTIVIDAD) NI TAMPOCO QUE SE HAYA OBTENIDO DICHO LUCRO O BENEFICIO NI SE PERJUDIQUE A TERCEROS Y evidentemente **SIN AUTORIZACIÓN DE SU TITULAR.**
- En el propio texto refundido de la Ley sobre Propiedad Intelectual (96) se **reconoce al autor “ por el solo hecho de la creación de la obra, sin que esté sujeto a ningún otro requisito formal”;** sin embargo la Ley faculta a sus titulares que como medida protección y salvaguarda procedan a su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual (**presunción iuris Tantum**, es decir, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo).
- Por tanto **los tipos penales** (propiedad intelectual, no para la industrial que se analizará posteriormente) no quedan afectados por la falta de inscripción (se protegen de igual manera) porque la inscripción es voluntaria y no tiene carácter constitutivo sino declarativo (RD 281/2003 Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual). Ej.: **Yo escribo un libro o una poesía en soporte papel o en CD pero no lo inscribo en el Registro sobre la Propiedad Intelectual ni lo publico y un amigo mío ve la obra y la plagia publicando a continuación ésta, éste estaría cometiendo un delito contra la propiedad intelectual a efectos penales** (de todas formas la intervención del derecho penal, siguiendo el principio de intervención mínima, se debe aplicar para casos graves, muchas veces conductas menos graves se sustanciarán por la vía civil); la protección de la Ley y la penal no está condicionada a requisitos formales, sino que deviene, según hemos visto, “por el solo hecho de su creación”, **manteniéndose 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento.**

CONDUCTAS O FIGURAS RECOGIDAS POR EL TIPO PENAL:

- ❑ **PLAGIO;** es el único derecho moral del autor que debe ser protegido en el ámbito penal; todos los demás supuestos protegidos penalmente afectan a los derechos económicos o de explotación; **equivale a copiar sustancialmente una obra dándola como propia y debe referirse a coincidencias básicas y fundamentales, no a las accesorias, añadidas, superpuestas o no transcendentales debiendo quedar reservada la órbita penal para aquellos comportamientos que resulten más graves por su entidad subjetiva y objetiva.** (Ej.: Una obra de teatro escrita

por una persona y yo le copio la idea principal y luego modifico algunas cosas y la público como mía para que luego se lleve cabo o se realice).

- ❑ No deben confundirse con el plagio aquellos supuestos en los que el autor de una obra les atribuye una paternidad distinta a la propia para aprovecharse del "tirón" que proporciona la fama de un autor ya consagrado (**EJ: Escribo una obra o lo que sea y digo que es de un autor conocido, Gabriel GARCIA MARQUEZ**) En este supuesto nos hallaríamos más bien ante un ataque a la imagen del que figura como autor de la obra; ya no nos encontraríamos ante un delito contra la propiedad intelectual sino más bien como **un delito de Estafa**.

- ❑ **REPRODUCCIÓN:** esta figura no atenta contra el derecho de paternidad sino contra el derecho de explotación; se entiende por esta **la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella**.
- ❑ No toda reproducción de una obra divulgada va a ser ilícita desde el punto de vista penal ni incluso civil, (Ej.: reproducciones de obras situadas permanentemente en las vías públicas o trabajos y artículos sobre temas de actualidad en medios de comunicación social o intervenciones ante los Tribunales, cuando se realice sin ánimo de lucro...).
- ❑ La problemática se plantea en los supuestos de **COPIAS DE OBRAS DIVULGADAS** (Ejemplos copias de libros u otro material).
- ❑ La realización de copias va a requerir la autorización del titular, salvo:
 - Que sea para uso privado.
 - Que no sea para utilización colectiva.
 - Que no tenga carácter colectivo.
- ❑ Por tanto habrá que distinguir **la copia para uso privado (de un libro u otra cosa, un archivo...)** lo cual estará permitido pero **no así las copias realizadas** (aunque sea para uso privado) en distintas **tiendas o establecimientos** dedicados a realizar **FOTOCOPIAS**, al entender la Jurisprudencia (multitud de STS de este tipo) que el requisito del **ánimo de lucro en perjuicio de tercero queda demostrado por el hecho de haberse ejecutado la actividad mediante establecimiento mercantil** siendo indiferente el hecho de que se hubiesen hecho fotocopias de fotocopias, pues en cualquier caso se originaba la actividad quebrantadora de un derecho de la propiedad intelectual mediante su indebida reproducción.
- ❑ Lo expuesto anteriormente diferirá en el caso de programas de ordenador (software, tales como office, Windows ...) los cuales al estar fuera de éste régimen será necesaria la **autorización de su titular para realizar una copia, salvo la de seguridad (ej.:** Juzgado de lo Penal número uno de Huelva dictó una sentencia de prisión por delitos contra la Propiedad Intelectual en el caso de una empresa llamada Infoeco S.A. – dentro del caso de la 'Operación Galeón'--, por la que condenaba al imputado, acusado de **copiar y**

distribuir software sin licencia, a seis meses de prisión y a indemnizar por los daños y perjuicios causados a las compañías propietarias de los programas de ordenador distribuidos.

- ❑ **Ej.: Yo puedo sacar copias (fotocopias) de un libro de texto siempre que sea para uso privado y no será delito; pero si me compró por ejemplo un programa para el ordenador (office 2007) y hago una copia aunque sea para mí (salvo la de seguridad) dicha conducta si sería constitutiva de un delito contra la propiedad intelectual ya que necesitaría la autorización de su titular en este caso de la compañía Microsoft.**
- ❑ **DISTRIBUCIÓN:** Que supone la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.
- ❑ La conducta prohibida puede consistir no sólo en la comercialización de ejemplares ilícitos, sino también en la de ejemplares reproducidos lícitamente que han sido puestos en circulación en el tráfico mercantil sin la autorización del titular de los derechos de distribución.
- ❑ En cuanto a la **distribución mediante venta**, el art. 19.2, conforme con el derecho comunitario, previene que, en el ámbito de la Unión Europea, este derecho se extingue con la primera venta. Respecto al **alquiler y préstamo**, su diferencia estriba que en el primer caso existe un beneficio económico, que se excluye en el segundo. **Se presume que no existe beneficio económico o comercial cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público da lugar al pago de una cantidad que no excede de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento.** La sentencia de la A.P. de Madrid de 10/7/ 2.001 recoge el supuesto de una sociedad cultural que bajo la pantalla de prestar discos y cintas de vídeo a sus socios por un pequeño canon destinado a mantener la actividad, encubría un auténtico negocio similar al de los establecimientos comerciales destinado a este tipo de comercio, por lo que se estimó que la actividad era punible de conformidad con lo dispuesto en el Art. 270 C.P. (distribución sin autorización de su titular).
- ❑ **COMUNICACIÓN PÚBLICA:** El art. 20.1 L.P.I. la define como todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. **NO SE CONSIDERARÁ PÚBLICA la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico, que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.** Varios supuestos:
 1. **Vídeos comunitarios, televisión por cable:** Será constitutivo de delito como así han recogido algunas sentencias del Tribunal Supremo , entre ellas la 19/05/2001, si se emite por medio de un cableado el cual se extiende a la comunidad de vecinos y se emiten producciones audiovisuales sin la preceptiva autorización de los titulares de los derechos.

2. **EMISIONES RADIOFÓNICAS:** La selección y recopilación de piezas musicales en un disco compacto para su distribución con fin promocional ante distintas emisoras sin autorización de los titulares de los derechos, es también punible.
3. **COMUNICACIONES MUSICALES ANTE EL PÚBLICO:** El ejemplo muchas veces típico ocurre en las bodas donde se pone música de distintos autores para amenizar la fiesta (tema por cierto que ha estado de moda, donde personas pertenecientes a la Sociedad General de Autores se han metido o “colado” en estas fiestas sin autorización para denunciar estos hechos al entender que se comete un delito contra la Propiedad Intelectual). Determinadas sentencias, dictadas entre otras por la Audiencia Provincial de Sevilla, ya en el año 2002 han determinado que existe o que existiría un delito contra la propiedad intelectual revocando una sentencia dictada por el Juzgado de la Penal.
 - TRANSFORMACIÓN:** Que va a suponer la adaptación o traducción u otra modificación que implique una nueva obra diferente; evidentemente sin autorización de su titular
 - INTERPRETACIÓN O EJECUCIÓN ARTÍSTICA;** es este caso de una obra, música...sin la correspondiente autorización y en un ámbito no privado sino público (Ej.: **Yo que soy un cantante que acabo de empezar aparte de cantar mis temas también canto canciones de otros grupos musicales sin tener la autorización para ello de éstos**).
 - IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN Y ALMACENAJE (ART.270.2).**
 - Hay que distinguir varios supuestos recogidos en el propio tipo penal. A saber:
 1. Respecto a las **Exportaciones** y el previo **Almacenaje** de los productos SIEMPRE VA A SER DELITO SI SE REALIZA SIN AUTORIZACIÓN DE SU TITULAR CON INDEPENDENCIA de que se realice a un país comunitario o a un país extracomunitario Y CON INDEPENDENCIA DE QUE LOS PRODUCTOS, OBRAS... SE HAYAN ADQUIRIDO DE FORMA LÍCITA O NO. (esto es lo que se entiende o recoge el Código Penal sin embargo como veremos más abajo y en función de la interpretación realizada por la Fiscalía, en circular 1-2006, no todas van a ser castigadas penalmente si bien si podría acudir a la vía civil.)
 2. Respecto a las **importaciones** hay que distinguir dos supuestos:
 - **IMPORTACIONES DE PAÍSES EXTRACOMUNITARIOS;** en este caso será SIEMPRE DELITO SI REALIZAN SIN AUTORIZACIÓN DE SU TITULAR (en este caso el titular de los derechos en España para su posterior distribución) con independencia de que las obras, productos...se hayan adquirido de forma lícita o no o estos sean legales o no en aquel país.
 - **IMPORTACIONES DE PAÍSES COMUNITARIOS;** será constitutiva de delito si se trata de productos, obras... adquiridos de forma **ilícita e ilegal y sin autorización. Si se adquirieron de forma lícita los productos y no son estos ilegales NO HABRÁ DELITO SI SE HUBIERAN ADQUIRIDO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS EN DICHO ESTADO** (donde ya han sido previamente comercializados

por su titular) O CON SU CONSENTIMIENTO. (ej.: **Obras literarias legales (no ilícitas) importadas desde Francia cuyos derechos pertenecen a la Editorial Franquee y en España a la editorial Codex; aunque esta última no autorice si autoriza la primera ya sería suficiente sin perjuicio de que el titular de las obras en España si considera que le supone un perjuicio esa importación de obras a su editorial acuda a la vía civil.**

Con esta nueva regulación se resuelve el problema de las llamadas **IMPORTACIONES PARALELAS** es decir las importaciones realizadas sin consentimiento de los titulares del derecho de distribución, conducta unida a la venta y la comercialización de dicho producto e inherente a la importación y exportación ; esto ya ha sido recogido por Directivas Europeas, las cuales han señalado, que la **primera venta en la Comunidad Europea del original de una obra o de copias de la misma por el titular del derecho o con su consentimiento, agotará el derecho a controlar la reventa de dicho objeto en el resto de la Comunidad.** Este derecho no se agota cuando se aplica al original o a sus copias vendidas por el titular del derecho o con su consentimiento fuera de la Comunidad Europea.

Por tanto están sancionadas las conductas de importación paralela, **realizadas sin consentimiento del titular de los derechos de distribución en España, desde un Estado no perteneciente a la Unión Europea, aunque se trate de objetos lícitos adquiridos legítimamente en el país de procedencia de los mismos.** No será punible la importación de objetos lícitos sin dicho consentimiento, cuando ésta se realice desde un país comunitario en el que dichos objetos han sido previamente comercializados por el titular del derecho o con su consentimiento.

Respecto a las **exportaciones** (también lo hace respecto a las importaciones) el Código Penal utiliza dicho concepto como entrada o salida de mercancías o productos con independencia de que provengan de un estado comunitario o extracomunitario (sin embargo con la existencia del **principio de libre circulación en la Comunidad Europea no se considerará como exportación si se realiza a alguno de estos países, tan solo si es a un país no comunitario).**

Es por este motivo por el que se plantea si todas las exportaciones (como así recoge el tipo penal) se encuentran prohibidas o si por el contrario las realizadas a países comunitarios una vez adquiridas de forma legal de su titular (por ejemplo en España) y siendo estos objetos lícitos o legales estarían autorizadas (ha de recordarse como ya se ha expuesto con las importaciones paralelas que el derecho de distribución en la Unión Europea se extingue con la primera venta).

Atendiendo al criterio seguido por la **Circular 1-2006** sobre la interpretación de los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial **SOLO SE CASTIGARÁN LAS EXPORTACIONES A PAÍSES EXTRACOMUNITARIOS SIN AUTORIZACIÓN CON INDEPENDENCIA DE QUE LOS OBJETOS SEAN LÍCITOS O NO Y A LOS PAÍSES COMUNITARIOS SI LO EXPORTADO FUERA ILÍCITO PERO SI SE TRATA DE PRODUCTOS OBTENIDOS DE SU TITULAR O CON SU CONSENTIMIENTO Y SE "EXPORTAN" A OTROS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA NO SERÁ CONSTITUTIVA DE DELITO CON INDEPENDENCIA DE ACUDIR A LA VÍA CIVIL SI**

SE ESTIMA OPORTUNO ANTE LA POSIBILIDAD DE DEPURAR POSIBLES DAÑOS Y PERJUICIOS SI LOS HUBIERA.

- ❑ **PIRATERÍA INFORMÁTICA:** Recogido en el apartado tercero de dicho artículo el cual castiga la fabricación , **importación, puesta en circulación o posea** cualquier medio para la **supresión** no autorizada o **neutralización** de dispositivos utilizados para proteger programas de ordenador u otras obras. (**INUTILIZACIÓN SOFTWARE**); es necesario para su castigo penal que exista **ánimo de lucro y perjuicio terceros y para realizar una de las conductas (reproducción, copia...) establecidas (Ej.: compras varios juegos de ordenador o de la play e inutilizas la protección que suele venir incluido en éstos para obtener más copias y venderlas a otras personas).**
- ❑ Esta conducta expuesta diferirá de lo que se conoce como el delito de SABOTAJE INFORMÁTICO donde el ánimo no es obtener un lucro sino dañar el software o los programas de un ordenador (**EJ: INTRODUCO UN VIRÚS O UN GUSANO EN UN ORDENADOR DE UNA O PERSONA O EMPRESA PARA DESTRUIRLE SUS ARCHIVOS**) a través de virus informáticos o similares las cuales estarán tipificadas en el artículo 264 del vigente código penal (daños).
- ❑ Todo lo anteriormente expuesto respecto a la Piratería y Sabotaje Informático será explicado sucintamente cuando se analicen los DELITOS INFORMATICOS.

Como conclusión a la expuesto anteriormente podemos señalar que en España los derechos de autor surgen desde el momento mismo del trabajo de creación, sin que sea necesario registro alguno, lo que implica una protección automática. Sin embargo, siempre es posible depositar la obra en el Registro de la Propiedad Intelectual o efectuar un depósito notarial con la finalidad de servir como elemento probatorio frente a terceros ante eventuales violaciones del derecho de autor

Así a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en **España la titularidad de los derechos se presume siempre a favor del creador de la obra, a no ser que ésta se haya creado en el marco de una relación laboral. Cuando la obra se haya creado como resultado de un encargo, el titular del derecho será el mandante y no el autor.**

DESCARGA DE PELICULAS, MÚSICA... E INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DE INTERNET (Sistemas Peer to Peer o p2p).

Se ha discutido si la utilización de Internet para bajarse películas o música u otros archivos de la Red podría estar conceptualizada como un ilícito penal.

Por una parte, la Sociedad General de Autores (SGAE) entre sus tesis ha defendido que dicha conducta sería constitutiva de un ilícito penal por los siguientes motivos:

A) Porque podría incardinarse como **comunicación pública** (Transmisión o retransmisión por cualquier medio al público) en relación a lo establecido en el 20 Ley de Propiedad Intelectual lo cual requeriría la autorización de los titulares.

B) **No estaría incluido dentro del derecho de copia privada** del 31.2, pues se exigiría que la copia obtenida no fue utilizada para fines colectivos o lucrativos, cosa que si ocurre en la red.

C) Por tanto se darían los **requisitos de ánimo de lucro y falta de autorización y el consiguiente perjuicio** para la persona o entidad que se tratase.

A pesar de lo expuesto por dicha Sociedad, la **Jurisprudencia** viene estimando que el ánimo de lucro exigido en el tipo penal no debe tener una **interpretación en sentido amplio** sino restrictivo y debe tratarse de **un ánimo de lucro comercial**, ya que de lo contrario no existiría el tipo penal si bien cabría responsabilidad Civil o reclamar por esta vía.

Por tanto las acciones de colocar en la red obras o análogas sin autorización del titular, o bajar de Internet, o intercambiar archivos P2P, aunque sea sin autorización del titular **no sería un ilícito penal, salvo** que pueda probarse que ha existido una contraprestación (**lucro comercial**, no simple ánimo de lucro), sin perjuicio de que estas acciones constituyan un ilícito civil y por tanto se depuren en la vía civil dichas responsabilidades.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL ART.271 C.P.

Vamos a realizar un breve análisis de las mismas, las cuales serán también de aplicación al Delito de Propiedad Intelectual que posteriormente será objeto de estudio.

1) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.

Para la aplicación de dicha agravante los tribunales han acudido a los baremos fijados por la jurisprudencia en los delitos de estafa y apropiación indebida fijándose en torno a los **6 millones de pesetas es decir 36.060,73 euros**; dicho criterio es orientativo o estimatorio por lo que habrá que estar a las condiciones de cada caso y las circunstancias, algunas de ellas cambiantes, sobre todo en la relativo al poder o nivel adquisitivo de una sociedad.

2) Especial gravedad del daño causado.

La determinación de la especial gravedad del perjuicio ofrece a los Tribunales serias dificultades siendo la casuística judicial respecto de la apreciación de esta agravante es de lo más variada e incluso llamativa; así se aprecia en algún supuesto

en el que no se pudo llegar a determinar el perjuicio real atendiendo a criterios como **número de potenciales clientes**.

En otras ocasiones se ha fijado una cantidad en torno a los **30 millones de pesetas (180.000 euros)**; se ha fijado como dato objetivo (si supera dicha cantidad se aplica) sin tener en cuenta la trascendencia que pueda tener para el perjudicado.

3) Pertenencia a organización o asociación.

En multitud de Sentencias y el propio Tribunal Supremo han exigido para aplicar la misma que exista una pluralidad de personas que aunque no constituyan una organización formalizada, posean medios idóneos para desarrollar un plan de actuación, exista un reparto de papeles o tareas así como cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase la simple “coparticipación o codelincuencia”, es decir la mera y ocasional reunión para delinquir; con la reforma operada en el Código Penal habrá que acudir a lo establecido en el artículo 570 bis: “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 o la comisión concertada y reiterada de faltas.”

4) Utilización de menores de 18 años.

Agravante utilizada para endurecer penalmente la utilización de menores en actividades delictivas y similares en su aplicabilidad a otros tipos penales.

CASUÍSTICA DE INTERÉS POLICIAL:

- La **venta en un mercadillo o en la calle (“TOP MANTA”) de CDs de música o películas (copias de las originales)** sería constitutivo de un ilícito penal al carecer de autorización y existir en este caso un ánimo de lucro comercial y un perjuicio a los titulares de esos derechos; ahora con la última reforma del Código Penal, si el beneficio obtenido no supera los 400 euros, dicha conducta será constitutiva de falta (623.5).
- La **proyección clandestina de películas** sin permiso del productor o su reproducción no autorizada en vídeos u otros soportes así como su distribución sin dicha autorización.
- Descarga de películas o música de Internet para uso privado NO DELITO**, salvo que posteriormente se realicen más copias y se vendan o distribuyan a otras personas (ÁNIMO DE LUCRO COMERCIAL).
- Copias de libros u obras divulgadas NO DELITO si se trata de copias para uso privado** (SI DELITO SI ES PARA FINES PÚBLICOS O COLECTIVOS).
- Empresas o establecimientos de **FOTOCOPIADORAS** si realizan copias de libros u obras divulgadas (incluso fotocopias de fotocopias de un libro) **SI COMETERÍAN UN DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL** (establecimiento

mercantil que actúa en este caso con ánimo de lucro comercial y carece de la autorización de su titular). Por este hecho muchos de estos establecimientos ya avisan, para evitar problemas, que no se realizan copias o fotocopias de libros u obras divulgadas.

- ❑ **La distribución de copias ilícitas de videojuegos** para diferentes videoconsolas y ordenador solicitados por encargo, ya sea realizada por un particular o por un establecimiento. (ST Audiencia Provincial Castellón 3 Marzo 2009, en este caso realizada por un establecimiento).

- ❑ **Ofertar la venta de una Playstation portable (PSP) con chip instalado** y de regalo 5 juegos (ST Audiencia Provincial Zaragoza 19 Enero 2009) al entenderse que la finalidad de dicho chip o dispositivo era la neutralización de los sistemas de protección de los juegos originales para poder utilizar en dicha consola juegos “pirateados” (es decir podían utilizarse tanto juegos originales como los pirateados).

- ❑ El acusado A.G., **creo y registró las pagina Web** www.infopsp.com, Web www.infowii.net, www.infods.net y www.infops3.net, por medio de las cuales ponía a disposición de los usuarios la **obtención de copias ilícitas de obras protegidas por derechos de autor**, de modo que con sólo pinchar en el enlace correspondiente se obtenía una copia pirata en el ordenador. (**ST 25 Noviembre 2008 AP Logroño**); se castiga por un delito contra la Propiedad Intelectual ya que como expone la ST el acusado obtenía un **beneficio económico (Animo de Lucro Comercial)** mediante la **publicidad que insertaba en su pagina**. Y además al ser necesario registrarse en la pagina web, para poder realizar la descarga de una obra videográfica o videojuego, se autorizaba el envío de publicidad a la direcciones de correo del usuario. Generando beneficios para el administrador de la Web, proporcionales al número de visitas que tenia la misma.

- ❑ Intervención en un domicilio en el que se intervienen diversas **copias no autorizadas** de CDs y DVDs, así como **material apto para llevar a cabo la reproducción de los mismos** (torres de grabación, soportes vírgenes), así como su **distribución** (carátulas, bolsitas plástico para guardar CDs y DVDs). ST dictada por Juez Instrucción nº 3 de Arganda del Rey (Madrid) Dilig. Previas 490/08.

- ❑ Se condena a un **propietario de un locutorio que empleaba sus ordenadores para el uso de juegos sin licencia de los titulares de los mismos** (AP de Valencia 16-10-08) por

distribución y puesta a disposición de terceros a cambio de precio (animo lucro comercial y perjuicio a terceros) de juegos y programas de ordenador para su uso y disfrute.

- ❑ Se condena a los **dueños de dos videoclubs por el alquiler de cintas de vídeo falsificadas o “piratas”** (ST AP Cádiz 25/07/07); realizadas sin autorización para ello, estaban destinadas a su venta.
- ❑ Los acusados fueron sorprendidos cuando **salían de un local en posesión de 244 DVD** (ST AP Madrid 28-02-08); considera que el delito contra la propiedad intelectual es un delito “en perjuicio de tercero”, conducta tendencial por lo que **no es necesario que se produzca el perjuicio efectivo para la consumación, basta que la conducta este dirigida a producir dicho perjuicio**, siendo este relevante a efectos de Responsabilidad Civil. Sin que quepa lugar a duda de que la posesión de 244 DVD, cuyas copias fueron realizadas sin autorización para ello, estaban destinadas a su venta.
- ❑ El Acusado **transportaba** junto con su esposa en un **vehículo 337 VCDs y 1.128 Películas en DVD**. (ST AP de Sevilla 1 Marzo 2006 que revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal, el cual consideraba que no estaba acreditado que la reproducciones incautadas pertenecieran al acusado, ni que estuviesen destinadas a la venta de terceros); entiende la AP que la conducta de “**transportar**” esta mercancía, esta **incluida dentro de la conducta típica del artículo 270 del Código Penal**, ya que la consumación del delito contra la propiedad Intelectual se produce realizando cualquier actividad que este incluida **dentro del ciclo de distribución del producto ilícito**; así el transportar las mercancías hasta el punto de venta. se considera una actividad característica del ciclo de distribución, siendo en este caso el punto de venta un mercadillo. En segundo lugar, la Audiencia considera que **queda fuera de toda duda que la intención del acusado era la de vender a terceros estas mercancías** incautadas, **atendiendo al número de copias incautadas, así como a la multiplicidad de ejemplares de la misma película que fueron incautado**, lo que hace imposible pensar que era para uso particular.
- ❑ El Acusado **vendía por Internet copias de videojuegos y de películas, siendo el medio de contacto una dirección de email**. Se le incautan en el interior de su domicilio material apto para llevar a cabo la reproducción de CDS y DVDs (ST Juzgado de lo Penal 4 de Bilbao 18 Mayo 2006).

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

Estos delitos se recogen en la Sección 2ª del Capítulo XI del Código Penal en los artículos 273 hasta el 277.

Se trata de un conjunto de delitos **de gran complejidad jurídica**, dada la concurrencia de normas civiles, mercantiles, administrativas y penales, además de comunitarias e internacionales.

Se podría definir la Propiedad Industrial como aquella que adquiere el inventor o descubridor de la creación de cualquier invento relacionado con la industria así como el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos con los que aspira a distinguir sus productos de los otros.

Estos delitos por tanto, protegen dos grandes ámbitos de la actividad industrial y comercial y cuya ausencia provocaría graves distorsiones en la producción y comercialización de los productos.

Por un lado, a la **actividad inventiva o creadora**, y, por otro, a los **signos distintivos de los productos y empresas**.

El fundamento de la protección de las creaciones industriales se debe al deseo de recompensar al inventor por poner a disposición de la sociedad su descubrimiento, de modo que se sienta estimulado a contribuir a mejorar el nivel tecnológico. Ello siempre que la invención suponga una novedad tecnológica, que sea en sí misma considerada una aportación que trascienda de lo técnicamente conocido.

Por el contrario, el fundamento de la protección de los signos distintivos no estriba en que en sí mismos sean una creación o valgan para algo, sino que van dirigidos a los consumidores de modo que estos distingan unos productos de otros similares en el mercado. No obstante, aunque la marca por sí misma no tenga valor económico, lo cierto es que como identificadora de un determinado producto es enormemente valiosa, llegando a ser el activo máspreciado de muchas empresas.

Los delitos contenidos en esta sección se pueden **clasificar del siguiente modo**:

1. Delitos contra la exclusividad en la explotación de creaciones industriales:

- 1.1. Patente o modelo de utilidad de objetos (art. 273.1.).
- 1.2. De procedimientos y objetos obtenidos por su uso (art. 273.2).
- 1.3. De modelo o dibujo industrial o artístico, o de una topografía de un producto semiconductor (art. 273.3).

2. Delitos contra la exclusividad en el uso de signos distintivos:

- 2.1. De marcas y otros signos registrados (art. 274).
- 2.2. De denominación de origen o de indicación geográfica (art. 275).

3. Agravaciones específicas (art. 276).

4. Divulgación de invención objeto de patente secreta en perjuicio de la Defensa Nacional (art. 277).

ELEMENTOS COMUNES EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL (art. 273 a 277).

- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:** Derecho de uso o explotación de los objetos amparados por un título de propiedad Industrial **previamente inscrito** en la Oficina Española de Patentes y Marcas a favor de una persona física o jurídica.

- INSCRIPCIÓN EN EL CORRESPONDIENTE REGISTRO DE LA PROPIEDAD:** Si no estuviesen previamente inscrito no daría lugar a ningún tipo de responsabilidad ni penal ni civil (a diferencia de lo que ocurre con la propiedad intelectual donde para su protección no es necesario que la obra o la creación haya sido inscrita en el correspondiente Registro de la Propiedad Intelectual si bien suele hacerse como medida de salvaguarda o protección pero su valor o inscripción es meramente declarativa tratándose de una prueba *luris Tantum*, es decir que admite prueba a contrario). Dicha inscripción ha de ser **previa o anterior a los supuestos de usurpación** si bien posteriormente habrá que delimitar si hubo novedad o no en lo registrado o si efectivamente ese invento o signo distintivo es o no registrable.

- FALTA DE AUTORIZACIÓN DE SU TITULAR O CESIONARIO DEL DERECHO** (si existe autorización no habrá hecho delictivo).

- ANIMO DE DEFRAUDAR Y FINALIDAD COMERCIAL O INDUSTRIAL.**(Se trata pues de un delito de MERA ACTIVIDAD O RESULTADO CORTADO o DE TENDENCIA, no exigiendo ningún tipo de resultado posterior si bien ha de realizarse con dicho fin). **NO SERÁ DELICTIVO SI SE REALIZA EN UN ÁMBITO PRIVADO.**

- El tipo **tampoco exige ANIMO DE LUCRO** como en otros tipos penales **ni ningún tipo de PERJUICIO, pero si debe realizarse con esa intención** (como ocurre con el delito de Propiedad Intelectual) a efectos puramente penales si bien si no se diesen todos los elementos del tipo penal se podría acudir a la vía civil (indemnización por daños y perjuicios por responsabilidad civil) pero aquí si será necesario **ACREDITAR EL CORRESPONDIENTE PERJUICIO PATRIMONIAL QUE SE HA OCASIONADO CON DICHA CONDUCTA.**

- TIPO DOLOSO Y NO CABE LA IMPRUDENCIA.**

ANÁLISIS DEI TIPO PENAL:

Así el artículo 273 del vigente Código Penal recoge las siguientes conductas punibles dentro del ámbito penal:

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos.*

2. *Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.*

3. *Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados a favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o tipográfico de un producto semiconductor.*

A continuación vamos a analizar las conductas protegidas en dicho artículo a efectos penales así como la diferenciación de los distintos conceptos que recoge el tipo para su posterior aplicación.

Por una parte se habla se habla de **PATENTES**, entendiendo por estas el **derecho exclusivo concedido sobre una invención**, es decir, un **producto o procedimiento** que aporta, en general, una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema.

Así serán patentables los **inventos nuevos (novedad mundial) que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.**

Para que sea **NUEVO** se ha de entender que no está comprendido en el **estado de la técnica**, es decir, todo aquello que antes de la fecha de presentación de la solicitud se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.

Esto significa que si divulgas dicha invención, por cualquier medio (Internet, un congreso, un publicación...) antes de la solicitud de dicha patente de invención dicha novedad ya va a estar anulada y por tanto no podrás posteriormente patentarla con el consiguiente perjuicio (**Ej: Imagina que inventas la fregona o la escoba de barrer o algo nuevo de aplicación industrial y divulgas dicho invento en un seminario o congreso sin solicitar previamente o patentarlo dicho invento. Posteriormente no podrás patentarlo, pues ya no se considera nuevo, ni inscribirlo como un título de propiedad industrial en la Oficina de Patentes y Marcas por tanto si otra persona se aprovecha de tu invento y lo comercializa sin tu consentimiento ni autorización NO COMETERÍA NINGÚN TIPO DE ILÍCITO YA NO SOLO PENAL SINO NI CIVIL NI ADMINISTRATIVO PUES UNO DE LOS REQUISITOS IMPRESCINDIBLES PARA DICHA PROTECCIÓN ES SU PREVIA INSCRIPCIÓN EN DICHO REGISTRO**).

NO SERÁN PATENTABLES los descubrimientos, teorías científicas, métodos matemáticos, obras literarias, científicas, artísticas o cualquier otra creación estética, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, lúdicas o económico-comerciales ni las invenciones contrarias al orden público, las variedades vegetales (protegidas por su propia regulación especial), las razas animales y los procesos esencialmente biológicos destinados a la obtención de vegetales o animales.

La pertenencia de España a la Unión Europea ha determinado que el legislador español haya seguido las pautas marcadas por las directivas comunitarias en materia de propiedad industrial y que, por tanto, la legislación de nuestro país se encuentre en consonancia con la del resto de los países europeos.

En España, si no se obtiene previamente un registro de la invención, no se tienen derechos exclusivos sobre la misma (A diferencia, por ejemplo, de Estados Unidos, está en vigor el sistema de first to file: los derechos corresponden al primero en solicitar la patente con independencia que estén previamente inscritos o no).

Asimismo, **rige el principio de territorialidad**, que implica que **únicamente se obtiene protección en aquellos países en que la patente esté registrada**. En el resto, podrían ser utilizadas libremente por terceros ya que se entiende que son de dominio público. Por consiguiente, el registro de la patente en su país de origen no concede protección automática en otros países, siendo, por tanto, necesario asegurar la protección en ellos a través del registro.

Es por este motivo que **España ha ratificado los principales convenios internacionales** en esta materia que, salvo raras excepciones, permiten que quienes no poseen la nacionalidad española obtengan en nuestro país la debida protección de sus derechos, así como que los nacionales españoles dispongan de protección en la mayoría de los restantes países.

Las patentes son concedidas por una **Oficina nacional de patentes** (En España, Oficina Española de Patentes y Marcas o por una Oficina regional que trabaja para varios países, como la Oficina Europea de Patentes (EPO)).

Este sistema europeo permite obtener protección mediante una solicitud de patente europea depositada en una única oficina de patentes (EPO), redactada en un único idioma (inglés, francés o alemán) en aquellos estados europeos en que se quiere obtener protección, y sean parte del Convenio Europeo de Patentes.

La solicitud de patente europea tramitada por la Oficina Europea de Patentes, una vez concedida, produce el efecto, en cada uno de los Estados para los que se otorga, de una patente nacional.

Las **patentes** en España y en la mayor parte de los países del mundo, se conceden por un **plazo de 20 años a partir de la fecha de solicitud**. No obstante, para su mantenimiento es necesario abonar tasas anuales que aumentan paulatinamente cada año. **Transcurrido ese periodo, el objeto de la patente pasa al dominio público, pudiendo ser explotado por cualquier tercero.**

Para finalizar con las patentes podemos señalar que éstas pueden ser de dos tipos:

- A) **PATENTES DE PRODUCTOS** (Ej.; **una fregona, un ordenador...**) cumpliendo los requisitos necesarios para ser considerado como una patente.
- B) **PATENTES DE PROCEDIMIENTO**, es decir operaciones dirigidas a la obtención de un resultado industrial final. (Ej.; **proceso para el recubrimiento de tableros de maderas y similares.**)

Respecto a los **MODELOS DE UTILIDAD**, a los que también hace referencia en el tipo penal, podemos señalar que se trata de aquellas **invenciones** que, **siendo nuevas e implicando una actividad inventiva**, consisten en dar a un objeto una **configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja** prácticamente apreciable para su uso o fabricación.

Podemos por tanto decir, que son invenciones que por su modestia o escasa importancia no superarían los requisitos de patentabilidad propios de la invención pero sin embargo, ofrecen ventajas apreciables para el uso y fabricación de objetos (**ej.: una innovación sobre el motor diesel, una innovación sobre un bidé perfeccionado o sobre un cierre de seguridad para puerta...**)

Así las principales diferencias con las patentes antes analizadas estriban en:

1. Su grado de invención es menor que las patentes.
2. Para su concesión se exige **novedad nacional y no mundial**.
3. Se conceden por un **periodo de 10 años**.
4. Son especialmente adecuado para la protección de **herramientas, objetos y otros dispositivos de uso práctico**.

Se ha discutido, respecto a las patentes y modelos de utilidad especialmente, si la protección penal de éstos tan solo requiere la inscripción en el correspondiente registro (Oficina de Patentes y Marcas) o si por el contrario es necesario que éstos posean los requisitos para considerarlos como tales invenciones, señalando el **Tribunal Supremo** que para la protección (y por ende para su protección civil o administrativo) no solo es suficiente la previa inscripción registral de dicha Patente o Modelo de Utilidad sino que habrá que demostrar que lo inscrito constituye una verdadera Patente o Modelo de Utilidad y supone una autentica innovación en el estado de la técnica.

Esto ha dado lugar a la existencia de las llamadas **PATENTES DE COBERTURA**, configuradoras de un posible ilícito penal, donde el presunto defraudador trata de escudarse en que la patente, modelo, etc., se hallan inscritos a su nombre y a su favor en el Registro de la Propiedad Industrial (hoy Oficina de Patentes y Marcas) cuando en realidad no es así (**Ej.: persona sabe que está fabricando lo que otro inventó o innovó y que tenía debidamente inscrito en dicha Oficina de Patentes y Marcas**).

Ocurre sobre todo con los **MODELOS DE UTILIDAD**, ya que respecto a las patentes dicha Oficina de Patentes y Marcas va a actuar de oficio comprobando si

la solicitud reúne los requisitos de patentabilidad exigidos por la Ley; si es así, dicha solicitud, se publicará en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial y posteriormente se publicará la concesión de la patente solicitada (plazo improrrogable de 20 años).

Sin embargo en los **MODELOS DE UTILIDAD** la Oficina de Patentes y Marcas a diferencia de lo que ocurre con las patentes (que actúa de Oficio) no va a garantizar la novedad ni la utilidad del objeto. Así por ejemplo una persona logra inscribir un objeto ya inventado o que no supone ningún tipo de innovación (**un bidé, un sacacorchos...** lo que sea) con ligeras modificaciones, pero siendo igual en lo esencial y posteriormente se escuda en dicha inscripción (ya registrada por otra persona el cual la inventó o la innovó) y en el título obtenido por ésta para intentar hacer valer sus derechos como titular de algo que no le pertenece.

El Tribunal Supremo ha señalado que para sancionar dicha conducta se deberá investigar sobre la existencia o no de dolo en la conducta realizada; si se realizó de forma intencionada y a sabiendas será responsable de un ilícito penal contra la Propiedad Industrial; si por el contrario actuó de buena fe creyendo que lo que inscribía era original no será responsable de un ilícito penal si bien se podría acudir a la vía civil para exigir una indemnización de daños y perjuicios si evidentemente llegaron a producirse estos.

Respecto a los **modelos y dibujos industriales o artísticos y las topografías de productos semiconductores** podemos señalar respecto a los primeros que se configuran como “la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se deriva de las características y en particular, de las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación”.

Es decir, es la **aparición externa de un producto industrial o artesanal o de su embalaje**, si bien quedan **excluidos los productos informáticos** (regulados por la Ley de Propiedad Intelectual y recogidos y configurados a efectos penales como un delito contra la Propiedad Intelectual) así como los **productos semiconductores** que tienen una regulación específica que veremos a continuación.

Por tanto la distinción tradicional entre lo que es un **dibujo** y lo que es **modelo** va a radicar en que en los primeros (dibujo) se van a configurar como algo **bidimensional** y los segundos (modelo) como algo **tridimensional**.

Lo que se va a proteger por tanto es el valor añadido por el diseño del producto con independencia de su nivel estético o su mayor o menor originalidad y evidentemente será necesaria la previa inscripción registral en la Oficina de Patentes y Marcas.

Respecto a la **TOPOGRAFÍA DE PRODUCTOS SEMICONDUCTORES** (Ej., circuitos electrónicos, chips o microchips...) su objeto de protección no es el producto semiconductor en sí mismo sino “la topografía”, es decir, el **diseño de la estructura y disposición de los diversos elementos** y capas que componen un circuito electrónico integrado ya que de dicha estructura y de la disposición de los

denominados chips depende la funcionalidad del circuito; esto es así ya que lo difícil y costoso es el diseño del circuito ya que su posterior reproducción no va a generar ningún esfuerzo o problema.

Y como se ha expuesto anteriormente será necesaria la previa inscripción registral en la Oficina de Patentes y Marcas.

En el artículo 274 del vigente Código Penal se van a recoger las **DEFRAUDACIONES DE SIGNOS DISTINTIVOS Y MATERIAL VEGETAL**.

Señala dicho artículo lo siguiente:

1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo usurpe un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen estos productos.

2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.

No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5

3. Será castigado con la misma pena quien, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales.

4. Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.

Vamos a proceder en primer lugar a distinguir y diferenciar una serie de conceptos al objeto de poder delimitar y comprender mejor el tipo penal, haciendo hincapié como en las anteriores explicaciones, que la intervención del Derecho Penal va a ser mínima o va a intervenir en “última ratio” ya que muchas veces se impondrá la vía o la sanción civil.

Por tanto los **signos distintivos que son objeto de protección penal son las marcas y los nombres comerciales** (objeto material de protección) puesto que el rotulo de establecimiento ha dejado en la regulación actual de estos derechos de tener carácter registral, los cuales otorgan a su titular un medio para identificar en su actividad empresarial o comercial las mercancías o los servicios que pone en circulación u oferta, así como a la propia empresa que representan.

Se entiende por **marca** todo signo distintivo susceptible de representación gráfica que sirva para **distinguir** en el mercado los **productos o servicios** de una empresa de los de otras. (ej.: logotipo de Renault, Citroen... para distinguir sus productos, en este caso coches, respecto a otras empresas automovilísticas).

Se entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares (Ej.: empresa con el nombre Renault que se dedica a la venta de coches para distinguirla del nombre Citroen que también se dedica a lo mismo, o Fontanería Pepe para distinguirla de Fontanería Ibérica).

Cuando hace referencia a cualquier tipo de representación gráfica, tanto en la marca como el nombre comercial, se van a incluir tanto palabras como combinaciones de estas, imágenes, figuras, símbolos, dibujos, letras, cifras y combinaciones, formas tridimensionales, los sonoros o cualquier combinación de signos.

Por otra parte hemos de distinguir entre lo que se conoce como MARCA (o nombre comercial) NOTORIA Y MARCA (o nombre comercial) RENOMBRADA.

- Por **marca o nombre comercial notorios** se va a entender aquellos por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, **sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan** los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial (ej.: **Procesadores Intel o Gafas X-treme...**).
- Se consideran **marca o nombre comercial renombrado** cuando dichos productos o servicios van a ser **conocidos por el público en general**. (Ej.: **Coca- Cola, Pepsi- Cola...**). Su diferencia con la primera es meramente cuantitativa.

La diferencia, por tanto, entre ambas viene dada porque en el caso de la marca notoria el conocimiento se limita al sector del público interesado en los productos o servicios de que se trate, y en el caso de marca renombrada el conocimiento se extiende a todo tipo de consumidores.

Por otra parte se distingue la **MARCA COMUNITARIA O INTERNACIONAL** la cual supone la creación de un signo distintivo con efecto en todo el territorio de la Unión Europea y que va a producir iguales efectos en España que la marca nacional si bien deberán inscribirse en la Oficina de Patentes y Marcas española abonando la correspondiente tasa que proceda.

Desde el punto de vista penal que es el que nos interesa hay que señalar varios requisitos para su protección penal:

- ❑ Por una parte como ya se explico anteriormente que se realice dicha conducta con un **fin INDUSTRIAL O COMERCIAL** aunque posteriormente no se consiga ningún resultado (delito de mera actividad o de resultado cortado) **Y SIN AUTORIZACIÓN O CONSENTIMIENTO DE SU TITULAR.**
- ❑ Es necesario la **PREVIA INSCRIPCIÓN REGISTRAL**, es decir que la marca este previamente registrada en la Oficina de Patentes y Marcas española; por tanto las marcas que no estén válidamente registradas, aunque sean notorias o renombradas, no podrán ser objeto de protección penal; si bien respecto a éstas su protección es mayor que el resto pues no se exige que los productos o servicios sean similares o idénticos se protege también respecto a aquellos que no sean similares cuando el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general cuando ese uso realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores.
- ❑ Respecto a éstas (notorias o renombradas) no se podrá aducir que no eran conocidas por el usurpador de las mismas (sobre todo las renombradas) si bien si no estuviesen previamente inscritas no procederá su protección (**lo normal es que éstas estén registradas**) penal; si bien en algunos sectores se señalan que la falsificación de estas marcas no quedaría impune ya que siempre cabría subsumirlas en el delito de estafa del artículo 248 CP (generalmente no se aplica) al señalar que quien utiliza una falsificación de una marca notoria utiliza un instrumento mendaz que provoca error en el sujeto al considerar que realiza la adquisición de un producto o servicio concreto, en este caso el de la auténtica marca (habría que probar en sede judicial si efectivamente se dan los requisitos de la Estafa, especialmente el engaño y el perjuicio económico para proceder por estafa).
- ❑ Por otra parte se discute si dicha marca o producto debe generar **CONFUSIÓN EN EL CONSUMIDOR** (“juicio de confundibilidad” o “tratamiento del error en el consumidor”). En el actual Código Penal no se hace referencia como elemento configurador del tipo que se genere confusión en el propio consumidor si bien el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de enero de 1998 (asunto Lois) y 6 de mayo de 1992 (caso Paco Rabanne Parfums S.A.) ya sostuvo la tesis de que a pesar de la gran identidad o semejanza existente entre los signos que integran las marcas, y a pesar de que los productos sean asimismo idénticos o similares, su coexistencia en el mercado no induce a error en los consumidores cuando concurren otras circunstancias, como pueden ser la **presentación del producto, el lugar en el que se vende, y, especialmente, la diferencia de calidad y de precio existentes entre los productos.** Esta interpretación entiende que el bien jurídico protegido a través del derecho de marcas no es el derecho privativo del titular de la marca, sino el interés de los consumidores. **Esta línea argumental ha sido seguida hasta la actualidad en multitud de sentencias de Audiencias y Juzgados (Principio de Menor Lesividad o Ultima Ratio) que absuelven a los acusados en base a que los productos incautados, aunque hacían uso no autorizado de una marca registrada, en ningún caso (por razón de precio, calidad) podían inducir a error al**

consumidor; si bien la interpretación más correcta, como sostiene otra corriente jurisprudencial sería castigar dichas conductas (cuando falte la inscripción correspondiente en el registro de Marcas y Patentes) con independencia de que se induzca o no a error al consumidor.

PROTECCIÓN PENAL DE LAS OBTENCIONES VEGETALES

Respecto a la protección penal de las obtenciones vegetales vamos a realizar un breve comentario de las mismas sin extendernos en demasía ni profundizar en todos sus aspectos, como se ha hecho en los anteriores apartados de mayor interés entendemos en el ámbito de actuación policial diario.

Así, tras la reforma de la LO 15/2003, se incorporan al artículo 274 los apartados 3 y 4 que sancionan con la misma pena que en los apartados anteriores (anteriormente a dicha reforma no existía la protección penal de dichas obtenciones vegetales).

*“al que con fines agrarios o comerciales, **sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro**, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales”.* (art. 274.3).

“al que realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad”(art. 274.4).

Las obtenciones vegetales son una **modalidad de propiedad industrial**, que protegen las creaciones o invenciones en el campo de la botánica y en particular las variedades vegetales, **mediante la concesión a su titular de un derecho exclusivo de explotación económica**.

Mediante este derecho se trata de tutelar las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal y estimular la investigación en el terreno agrícola. Con ello se facilitará el acceso de los agricultores a las nuevas tecnologías, se incrementará la productividad de las explotaciones y en definitiva, se mejorará la competitividad de los productos y la renta de los agricultores.

A nivel nacional esta regulación está constituida por la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de obtenciones vegetales (en adelante LPOV), que a su vez supone la adaptación de la legislación española al Derecho Internacional unificado en la materia.

El derecho de propiedad industrial recae, en este caso, en invenciones consistentes en la obtención de una nueva variedad vegetal. El concepto de variedad vegetal se contiene en el art. 2 de la Ley 3/2000, siendo de aplicación a todos los géneros y especies vegetales incluidos los híbridos de géneros o de

especies (art. 4 de la LPOV). Los requisitos de registro son la **novedad, la distinción, la homogeneidad y la estabilidad** (art. 5 y ss. de la LPOV). Los derechos que concede el título de obtención vegetal son, fundamentalmente, derechos a realizar en exclusiva determinadas actuaciones (art. 12.2 de la LPOV).

Como ocurre con los demás derechos de propiedad industrial su protección penal exige que el **título de obtención vegetal se encuentre previamente registrado, lo que se efectuará en el Registro Oficial de Variedades Protegidas** (art. 44 de la LPOV); como **elemento subjetivo** se exige de igual manera que en los demás derechos de propiedad industrial que la conducta se realice “**con fines agrarios o comerciales**” por tanto y como recoge la propia regulación específica de carácter civil la protección del derecho del obtentor **no se extenderá a los actos realizados en un marco privado con fines no comerciales.**

Por tanto el derecho del obtentor no permitirá impedir los siguientes actos:

- Los realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales.
- Los realizados a título experimental.
- Los realizados con fines de crear nuevas variedades.
- Los realizados respecto al material puesto lícitamente en el comercio.

Como se ha expuesto anteriormente la intervención del Código Penal ha de ser en última instancia o “ratio” (“Principio de intervención mínima”) por lo que muchas veces o la mayoría de éstas entrará en juego la vía o la responsabilidad civil.

La duración del derecho tendrá un mínimo de 20 años desde la concesión del derecho (25 años para árboles y vides) a diferencia de las patentes que tienen una duración de 20 años desde la presentación de la solicitud.

DEFRAUDACIÓN DE INDICACIÓN GEOGRÁFICA O DE ORIGEN

Al igual que en el apartado anterior vamos a realizar una breve referencia de las mismas, centrándonos en explicar que es cada cosa y su protección a efectos penales.

Así recoge y sanciona el artículo 275 del vigente Código Penal ***“al que intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección”.***

Esta modalidad de signos distintivos garantiza no el origen empresarial de los mismos sino una determinada calidad; **no son auténticas marcas, pues no conceden derechos subjetivos de exclusión ejercitables, erga omnes, sino que todos los productores que reúnan los requisitos exigidos en la respectiva reglamentación tienen derecho a que les sea concedida su utilización.**

En la determinación del objeto material de protección, se hace necesario acudir a la regulación específica sobre las denominaciones de origen e indicaciones geográficas tratando de delimitar cada una de estas categorías.

La normativa vigente está representada por la Ley 24/2003, de 14 de julio, de la Viña y el Vino, así como el Real Decreto 1573/1985, de 1 de agosto, que acomete la definición y ordenación de las denominaciones genéricas y específicas de productos alimentarios y el R.D 728/1988, de 8 de julio, que establece las normas a las que deben ajustarse las denominaciones de origen, específicas o genéricas de productos agroalimentarios no vinícolas.

Respecto al concepto de **Indicación Geográfica (IG)** es un nombre utilizado para designar un producto agrícola, alimenticio o de otro tipo, que posee un origen geográfico determinado y cuya calidad o reputación se debe a dicho lugar de origen. Habitualmente, consiste en el nombre de la localidad, región o país de origen de tales productos; generalmente va a suponer un vínculo entre el producto y el lugar de origen. (Ej.: **"Toscana" para el aceite de oliva producido en esa región italiana o "Roquefort" para el queso producido en Francia.**)

Respecto al concepto de **Denominación de Origen (DO)**, podemos señalar que es un **tipo de indicación geográfica** aplicada a un producto agrícola o alimenticio cuya calidad o características se deben fundamental y exclusivamente al medio geográfico en el que se produce, transforma y elabora; así se va a emplear para proteger legalmente ciertos alimentos que se producen en una zona determinada (**Ej.: JEREZ, RIOJA, OPORTO, CANARIAS, CHAMPAGNE....., contra productores de otras zonas que quisieran aprovechar el buen nombre que han creado los originales, en un largo tiempo de fabricación o cultivo.**

La ventaja fundamental de la denominación de origen es que garantiza al consumidor un nivel de calidad más o menos constante y unas características específicas. A cambio, los productores obtienen una protección legal contra la producción o elaboración de tales productos en otras zonas, aunque se utilicen los mismos ingredientes y procedimientos, que les permite influir sobre el precio final de éstos. También se señala que esta figura fomenta la organización del sector productivo y facilita el acceso de productores a mercados nacionales e internacionales.

Para la protección penal por tanto son necesarios los siguientes elementos:

- Que se utilicen en el tráfico económico.
- Que no se esté autorizado para ello.
- Que se realice de forma intencionada (TIPO DOLOSO NO CABE LA IMPRUDENCIA)
- Que el infractor actúe con conocimiento de la protección legal de la denominación de origen o indicación geográfica usurpada.

Normalmente, este delito irá acompañado de la falsificación de las etiquetas que indican la procedencia y calidad del producto.

La sentencia del **T.S. de fecha 19 de marzo de 2004** entiende que en este caso nos hallamos ante un concurso ideal entre ambos delitos (artículo 77.2 del Código Penal, es decir es un medio para cometer dicho tipo delictivo imponiéndose la pena de la infracción más grave en su mitad superior, en este caso la falsificación de certificados del artículo 399) y no ante un concurso de normas, como había apreciado la Audiencia; pues, en caso contrario, razona, no quedaría cubierta la total ilicitud de las conductas ejecutadas; en este caso **no se aplicaría el delito de Estafa**, si bien podrían concurrir los requisitos de dicho tipo penal (se podría entender que quien vende a otro un producto como verdadero cuando en realidad no lo es ; Ej.: Vino de Jerez embotellado con dicha etiqueta cuando en realidad pertenece a un vino de ínfima calidad esta cometiendo una estafa) al existir en este caso un concurso de normas o leyes donde en este caso el precepto penal especial se aplicaría con preferencia respecto al general (**artículo 8.1, principio de especialidad**) con independencia que el general (en este caso sería la estafa) imponga una mayor punición; si bien en alguna Sentencia posterior dictada por el Tribunal Supremo (**22-10-2008**) también se ha calificado como estafa si posteriormente, a la falsificación de las etiquetas, dicho producto se distribuyó y vendió (en este caso el vino) en centros comerciales engañando en este caso tanto a consumidores, que adquirirían el mismo, como al propio establecimiento con el consiguiente perjuicio para estos y beneficio para la otra parte.

PROTECCIÓN DE LAS PATENTES SECRETAS

Vamos a realizar una pequeña exposición, al igual que en el apartado anterior , de la protección existente en el Vigente Código Penal de las Patentes Secretas, ámbito de menor interés y aplicabilidad en el devenir diario de la actuación policial.

Dicha conducta que se sanciona en el artículo **277 del Código Penal**: *“Será sancionado con pena de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional”*.

Por tanto, y de acuerdo con la propia legislación de Patentes y Marcas, para que se produzca o se decrete la tramitación secreta de la solicitud de una patente serán necesarios los siguientes requisitos:

- Que esta **sea de interés para la defensa nacional**.
- Que se produzca a **requerimiento del Ministerio de Defensa**.

Los elementos necesarios, por tanto, para la realización de dicho tipo penal serán los siguientes:

- Que dicha conducta se realice de forma **intencionada (dolo)**, por lo que **no es posible la comisión imprudente**.
- Que se realice en perjuicio de la defensa nacional, es decir de los intereses propios del Estado.

- ❑ Que dicha conducta sea cometida no solo (**Sujeto Activo**) por el Funcionario del Registro encargado del mismo sino también por el propio inventor.
- ❑ En cuanto a su acción se ha de divulgar o poner en conocimiento de terceros el objeto de dicha patente.
- ❑ Se trata de un **delito de mera actividad** (**sin resultado**, o de “ resultado cortado”) donde para su consumación no exige ningún tipo de resultado ni perjuicio, bastando para consumar el mismo la divulgación o puesta en conocimiento de terceros de forma DOLOSA (no imprudente) dicha patente o invención.

El contenido de todas las solicitudes de patentes se mantendrán en secreto durante **2 meses siguientes a la fecha de su presentación** salvo que el Registro de la Propiedad Industrial autorice su divulgación con anterioridad.

Dicho secreto puede **prorrogarse hasta 5 meses e incluso decretarse la tramitación secreta de la solicitud si estuviera relacionado con la defensa del interés nacional**

En este supuesto del artículo 277 lo que **se protege**, no es tanto el derecho de propiedad industrial, sino los **intereses de la defensa nacional**.

Por tanto desde el punto de vista penal, cometerá dicho tipo delictivo, y serán sujetos activos del mismo, tanto el **propio titular que vulnera el mandato de secreto** así como el **funcionario del propio registro**.

Por lo expuesto anteriormente se discute la posibilidad de que dicho tipo o ilícito penal pudiera concursar con otros tipos delictivos del Código Penal así como la ubicación sistemática del mismo.

Varios supuestos de interés:

1. Se plantea la posibilidad del concurso (ideal) con el tipo delictivo recogido en el artículo **598 (“descubrimiento de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional “)** una vez que se revelará dicha patente. **Se descarta** el mismo ya que el objeto material del artículo 598 hace **referencia a la revelación de información legalmente clasificada como reservada o secreta conforme a la Ley de Secretos Oficiales cosa que no ocurre en este caso**.
2. Podría plantearse también el concurso con el artículo **601**, que sanciona la modalidad imprudente de dar a conocer objetos o información de interés para la defensa nacional que se posean por razón del cargo, comisión o servicio, no obstante, debe estimarse que **no es admisible considerar que el art. 601 pueda venir en aplicación** en el caso de divulgación imprudente de la invención objeto de una patente secreta, puesto que el legislador no ha querido sancionar más que la divulgación intencional, es decir la dolosa, como recoge el tipo del 277.
3. Con respecto a la posibilidad de apreciación de **concurso** entre el delito del **artículo 277 y el de revelación por funcionario público de secretos o informaciones de los que conozca por razón de su cargo del artículo**

417 deberá resolverse en función del principio de especialidad (concurso de normas del artículo 8.1) en **favor** de la aplicación del **tipo del artículo 277**.

Asimismo respecto a la punición de las conductas recogidas en el artículo 277, la reforma operada con la L.O. 15/2003 no supuso ningún cambio en este sentido, no produciéndose la elevación de la pena, en este caso de multa, por lo que se mantiene la misma que existía con la redacción de la L.O. 10/95.

CASUÍSTICA RELATIVA A LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LAS DISTINTAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ESPAÑA .

- ❑ **A.P. de Madrid 27/10/2009** que condena a una persona como **autor de un delito contra la Propiedad Industrial**, el cual comerciante de profesión, vendía productos de las marcas Tommy Hilfiger y Sporloisir S.A. a un precio inferior al precio de mercado a sabiendas de que estas que vendía eran falsas y no auténticas.
- ❑ **ST Tribunal Supremo 22-10-2008** el cual condena a varias personas como autores de un **delito contra la propiedad industrial** (falsear el origen del vino al embotellar vino bajo la denominación de origen de la Rioja cuando en realidad pertenecía a Castilla –La Mancha), otro de **Falsedad de Certificados Continuado** (Falsificación de las Etiquetas de dichas botellas) del artículo 399 en relación al artículo 74 del Código Penal) **y otro delito continuado de Estafa** (248 y ss.) al exportar, vender y comercializar dicho producto en establecimientos de Inglaterra con el engaño y perjuicio tanto para estos como para los clientes que adquirirían dicho vino pensando que era de mejor calidad y con el enorme beneficio obtenido por estas personas (ánimo de lucro) el cual no hubiera sido tal si no hubieran realizado dicho engaño.
- ❑ **ST Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 2008** el cual no admite el recurso de casación presentado por el acusado reafirmando la ST dictada por la AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2006 la cual condenó al mismo por un **DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL y OTRO DE FALSIFICACIÓN DE EFECTOS TIMBRADOS (de etiquetas) EN CONCURSO MEDIAL CON UNO DE ESTAFA** ya que el mismo se dedicaba a rellenado y venta de botellas de licor, empleando para ello mezclas de distintos licores o rebajando su contenido con diversas sustancias; para ello utilizó envases que habían sido ya utilizados y destinados a su destrucción, que presentaba en el mercado como si fuesen verdaderos, pegando en las botellas etiquetas, bien auténticas que despegaba de otros envases ya utilizados o bien fotocopiadas, y precintos de impuestos especiales de bebidas alcohólicas, bien originales y ya empleados en otras botellas o bien fotocopiados. Todo ello sin el consentimiento de los titulares de las marcas registradas.
- ❑ **ST Audiencia Provincial de Zamora de 13 de Octubre de 2009** que condena a una persona por un delito contra la propiedad industrial la cual había adquirido una serie de prendas en un mercadillo de una localidad fronteriza de Portugal para ser comercializadas en mercadillos de España mediante la venta ambulante, sin que estuviese autorizada aquella por la

empresa titular de las marcas para referida comercialización. Se trataba de varias bolsas de plástico que contenían 354 prendas de vestir, que llevaban etiquetas, adheridos anagramas y signos que imitaban a la marca comercial conocida como "el niño sweet wear" titularidad de la entidad "El Secreto del Mar SL" descubiertas en un registro rutinario realizado por la Guardia Civil en dicha localidad de Zamora, las cuales estaban ocultas (dichas bolsas de plástico) bajo una manta en el maletero del coche.

- ❑ **ST Audiencia Provincial de Madrid de 13-10-2009** que absuelve a una persona, tras recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, de un delito contra la Propiedad Industrial en base **AL JUICIO DE CONFUNDIBILIDAD**, es decir creando u originando un riesgo de confusión en el consumidor. En este caso se le intervino al acusado varios frascos de colonia y perfumes de distintas marcas (Chanel, Calvin, Cacharel...) y similares a éstas los cuales vendía sin autorización de sus titulares. Dicha Sentencia al igual que otras dictadas por otras Audiencias Provinciales (AP Madrid 8-9-2005 o la AP Barcelona de 19-06-2006) han entendido que además de la utilización de un signo de identificación de un producto sin autorización de su titular es necesario que el modelo imitado tenga con el legítimo una relación de entidad suficiente para provocar el error y confundir al consumidor por lo que no se protege únicamente el derecho de exclusividad de la marca (interpretación que realizan los tribunales y que se ha asentado de manera mayoritaria en la mayor parte de las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales si bien el Código Penal en su articulado no hace referencia al mismo). En este caso se estimo que los diseños de las colonias y perfumes intervenidos eran fieles imitaciones de los originales pero que no había riesgo alguno de confusión, **principalmente por la gran diferencia de precio existente entre los originales y los que poseía el acusado**, por lo que ni remotamente podrían ser confundidos, **y también por el lugar de venta (venta ambulante en la calle), la falta de envoltorio y garantía por lo que difícilmente se podrían vincular con los productos de las marcas registradas en cuestión.**
- ❑ **ST de la AP de Zaragoza de 17 de Septiembre de 2009**, donde **condena** al comerciante de un establecimiento como autor de un delito contra la Propiedad Industrial el cual vendía en la misma zapatillas de la marca NIKE y otros productos de prestigio mundialmente conocidos (Diesel, El Niño, Guru...). Dicha persona apeló la ST dictada en primera instancia alegando que ninguno de los titulares de dichas marcas (excepto una) habían presentado el correspondiente certificado de inscripción registral como exige el tipo (previa inscripción en el Registro de Marcas y Patentes); tesis rigorista, seguida en alguna ocasión por la AP de Madrid (ST 7 de Mayo de 2008). En este caso estima dicha AP (la de Zaragoza) que dichas marcas son de tanta solera y tan conocidas que por su notoriedad se entiende que están registradas y que son marcas ya afianzadas durante tiempo tanto en el Extranjero como en España (Nike, Adidas....) y conocidas por todas las personas y además en este caso el acusado, comerciante de profesión, el cual lleva trabajando muchos años en dicho sector laboral no puede alegar que desconocía que dichas marcas no existían o no estaban registradas.

- ❑ **ST AP ALBACETE DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2009**; en este caso se condena a una persona acusada de un delito contra la Propiedad Industrial la cual vendía y distribuía productos de la Marca Tous (bolsos y otros productos) falsificados. En este caso dicha AP no aplica el “ Juicio de Confundibilidad o Error en el Consumidor” para absolver en este caso a dicha persona como ocurre con la ST vista anteriormente (AP Madrid 13-9-2009) ya que si bien se estima que la falsificación es de mala calidad es claro que se estaban vulnerando los derechos explotación exclusiva del titular, dada la similitud de los signos, y con ello se le causaron unos evidentes perjuicios a la sociedad titular de las marcas, no solo porque con la masificación del producto la marca se devalúa, sino también porque el titular de la misma, con tales falsificaciones, pierde posibles compradores, no solo a aquellos que hubieran comprado el producto original en vez del falso, sino también los que debido precisamente a la masificación ilegal del producto no compran el original.

Como se ha podido apreciar en las STS expuestas anteriormente los criterios de apreciación de dicho ilícito penal varían en función de las distintas Audiencias Provinciales, sobre todo en lo que se refiere al **Juicio de Confundibilidad o Error del Consumidor**; en algunas aplican dicho criterio y en otras basta que se vulneren los derechos de explotación exclusiva del titular que a fin de cuentas es lo que recoge el propio Código Penal.

Respecto al posible concurso o la existencia de Estafa (en este caso al consumidor) cuando se falsifican y posteriormente se venden estos productos, en la mayoría de las ocasiones (salvo en supuestos de Denominaciones de Origen o Indicaciones Geográficas respecto a productos tales como el vino o similares analizados anteriormente donde a veces se ha apreciado en concurso con una falsificación de certificados) no se ha apreciado la misma una vez analizados las circunstancias objetivas de cada supuesto (valor o precio de los productos, etiquetaje, embalaje, el lugar de venta...) y porque como señala el propio tipo penal lo que se protege es el derecho de explotación no al consumidor final.

Así, si una persona adquiere unas zapatillas de la marca Nike último modelo a un precio irrisorio (imaginemos a 10 euros y en un mercadillo o en una tienda) evidentemente no podrá aducir que ha sido engañado o estafado como tal si luego comprueba que evidentemente lo adquirido no se correspondía con dicha adquisición.

En este caso (como un muchos otros) y cuando se trata de marcas de prestigio o notoriamente conocidas por el gran público, el consumidor conoce con mayor o menor aproximación el precio que tienen éstas en las distribuidoras autorizadas, si bien compra estos productos imitados con el fin de buscar o representar un status social o poder adquisitivo sin realizar el correspondiente desembolso, presumiéndose, y en este caso representándose también él, que lo que adquiere es falso y por tanto no está siendo engañado.

BIBLIOGRAFÍA:

- Código Penal Comentado (COLEX).
- Código Penal Comentado (ARANZADI).
- Información obtenida de Internet (páginas relativas a noticias y conceptos jurídicos).
- El derecho.com como buscador de Sentencias.

TEMA 6.- DELITOS INFORMÁTICOS
Javier Costa Barroso**SUMARIO:**

- Breve Introducción.
- Delitos **CIBERECONÓMICOS** y Casuística de interés policial:
 - A) Estafas o fraudes cometidos por medios informáticos: Skimming, Phising, Pharming, Carding, Spyware.
 - B) Defraudaciones informáticas.
 - C) Hurto de tiempo informático.
 - D) Daños informáticos: Sabotaje Informáticos, Hacking, Cracking, Botnet, Denegaciones de Servicio Informático.
 - E) Delitos contra la Propiedad Industrial e Intelectual.
 - F) Delitos de Espionaje Informático.
 - G) Falsedad documental vehiculizada.
 - H) Blanqueo informático de capitales.
- Delitos **CIBERINTRUSIVOS**: Breve introducción.
 - A) Delitos relativos a la Pornografía Infantil y casuística de interés policial.
 - B) Descubrimiento y Revelación de Secretos y contra la Intimidad: problemática del consentimiento del menor en la grabación de imágenes.
 - C) Casuística Policial respecto a la grabación de imágenes de funcionarios policiales sin consentimiento.
 - D) Otros delitos ciberintrusivos.

Dentro de este apartado vamos a proceder a analizar una serie de tipos delictivos, recogidos en distintos artículos del Código Penal, y que como consecuencia de la aparición y evolución de la Red (Internet) y las constantes aplicaciones y evoluciones en el campo de la informática han proliferado enormemente.

Partiendo de esta compleja situación y tomando como referencia el “Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa”, podemos definir los delitos informáticos como: **“los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos”**.

Entre sus características principales se encuentran las siguientes:

- Son delitos difíciles de demostrar ya que, en muchos casos, es complicado encontrar las pruebas.
- Son actos que pueden llevarse a cabo de forma rápida y sencilla. En ocasiones estos delitos pueden cometerse en cuestión de segundos, utilizando sólo un equipo informático y sin estar presente físicamente en el lugar de los hechos.

- Los delitos informáticos tienden a proliferar y evolucionar, lo que complica aun más la identificación y persecución de los mismos.

Vamos a proceder por tanto, en virtud a lo anteriormente expuesto y dentro de lo posible, a realizar una clasificación sistemática de los mismos así como su incidencia (unos de forma más intensa que otros) en la actuación policial diaria.

Por una parte podemos distinguir aquellos delitos denominados “**CIBERECONÓMICOS**” donde se atenta y vulnera la esfera patrimonial y económica de la víctima frente a aquellos otros denominados delitos “**CIBERINTRUSIVOS**”, es decir aquellos donde se vulnera especialmente la intimidad de las personas, aunque si bien a través de estos se puede buscar algún beneficio económico.

Los primeros de ellos (**Cibereconómicos**), pueden clasificarse de la siguiente manera:

- **ESTAFAS O FRAUDES COMETIDOS A TRAVES DE MEDIOS INFORMÁTICOS:** El código penal actual recoge en su artículo 248.2, apartados a, b y c, dicho tipo delictivo siendo éste el siguiente:
También se consideran reos de estafa los que:
a) Con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.
b) “... a los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.
c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

El tema de las estafas informáticas ya ha sido abordado en este manual (ver y consultar dicho manual en lo relativo al Robo con Fuerza y su diferencia con la estafa, así como la calificación como un delito de Estafa, si se hace uso de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, y no como robo con fuerza.

Dentro de éste tipo delictivo pueden recogerse multitud de supuestos señalando entre los más usuales los siguientes:

1.- SKIMMING: también conocido como el **duplicado o clonación de tarjetas de crédito o débito**; consiste en la lectura no autorizada y almacenamiento de la información contenida en la banda magnética de tarjetas bancarias, mediante la utilización de dispositivos electrónicos que simulan ser los autorizados o por personas con acceso a estos medios de pago. Se empezó utilizando en los **peajes de las autopistas** donde el empleado situado en la cabina, bien sobornado o bien formando parte de una banda organizada, tenía dos tacófonos, uno de la empresa encargada del cobro en la referida autopista y otro, donde copiaba los datos de la banda magnética del cliente para posteriormente verterlos en una tarjeta de crédito

virgen. El mismo modus operandi se ha utilizado en hoteles, restaurantes... por eso se recomienda que el empleado pase la tarjeta de pago en nuestra presencia, así como verificar que los dispositivos utilizados para realizar las operaciones con la entidad financiera, sean los autorizados.

En este caso dichas personas cometerían un delito de Estafa en concurso con otro de Falsificación de Tarjetas de Crédito (artículo 399 bis, YA NO UNA FALSIFICACIÓN DE MONEDA DEL 368 Y 387 NI UN DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO MERCANTIL (EN ESTE CASO LO SERÍA SI POR EJEMPLO FALSIFICAS UN CHEQUE, UN PAGARÉ...)). Evidentemente si se falsifican además de tarjetas de crédito otros documentos (DNI...) también habría un delito de falsificación documental, ya sea público u oficial o de tipo privado.

Dicho sistema también se ha utilizado en los cajeros automáticos en forma de dos modalidades:

- A) Una persona, situada a tu lado, observa como sacas dinero de un cajero memorizando tu pin.

Pueden ocurrir dos supuestos:

- Que la persona te siga y te sustraiga la cartera para luego sacar dinero pues conoce el Pin (**Hurto y Estafa o Robo con Violencia o Intimidación y Estafa**).
- Que no haga nada y se vaya a su casa y cree una tarjeta de crédito nueva con un soporte virgen a nombre de otra persona con dicho Pin obtenido y luego realizar compras o sacarte dinero. (**Falsificación de Tarjetas de Crédito en concurso con una Estafa.**)

- B) Que los estafadores hayan colocado una pequeña microcámara para observar el pin o hayan colocado una carcasa falsa sobre el original con un teclado falso para obtener luego el pin y realizar a posteriori una tarjeta falsa y así poder sacar dinero de esa persona o realizar compras con ésta. (**Estafa más falsificación de tarjetas de crédito**)

Entre otras sentencias de este tipo podemos destacar la **ST del TS de 30 de Mayo de 2009**.

2.- PHISING: Hasta ahora ha sido uno de los fraudes o estafas más cometidos a través de **Internet**; en este caso el titular de una cuenta bancaria recibe un correo electrónico que simula ser o provenir de su banco para que facilite su identificador y contraseña, normalmente explicando que ha habido un error en la base de datos y están reconstruyendo el servicio; confiando en el correo electrónico, que simula venir de su banco, facilitas los datos de acceso con los que el estafador sólo tiene que suplantarte y sacar todo el dinero que pueda antes de que el fraude sea detectado y se cambien los códigos de acceso. (**en este caso los estafadores mandan por Internet un correo de una pagina Web que simula ser la original del banco, por ejemplo Caja Madrid a la espera de que algún incauto “ pique”, de ahí el nombre de Phising**; es importante antes de hacer de nada comprobar que

efectivamente es de su banco o que no está “linkada” a otra página Web proveniente de otro país y ante la duda no realizar ningún tipo de operación y contactar con su banco para comprobar si existe una modificación o alteración de dicha página). Como el correo electrónico a veces no funciona y la gente “no pica” se ha comenzado a enviar mensajes a teléfonos móviles **facilitando un número o un sms al que remitir las claves.** (Ej.: **Recibes un supuesto mensaje de tu banco que te dice que por problemas técnicos te tienen que cambiar las claves siendo necesario que mandes estás a tal número o mensaje para modificarlas).**

En ocasiones, **también infectan el ordenador del usuario con un 'keylogger'** o registrador de teclas, que permite ver a distancia lo que la víctima escribe, sea una carta o sus claves bancarias. (en este supuesto cometería además un delito del artículo 197.3, de descubrimiento y revelación de secretos como medio para posteriormente cometer una estafa).

3.-PHARMING: consiste básicamente en la manipulación de la resolución de nombres en **Internet** llevada a cabo por algún código malicioso que se ha introducido en el equipo (generalmente a través de descargas, e-mail, copias desde un CD...) de manera que cuando el usuario crea que está accediendo a su banco en Internet, realmente está accediendo a la IP de una página Web falsa, ya que en este caso dicho **código malicioso** ha manipulado el Servidor de Dominio, DNS, y le ha enlazado o “linkado” a ésta. (Manipulación del Servidor de Dominio, DNS, en este caso de un banco); **Ej.: me conecto pensando que estoy en mi banco, por ejemplo el Santander, cuando estoy en otra página simulada, doy mis claves de acceso y una vez obtenidas éstas las utilizan para realizar operaciones o sacarme dinero de mi cuenta.** Lo mejor para evitar esto es la prevención a través de anti-virus que detecten dicho “código” y lo eliminen. Dicha conducta expuesta es mucho más peligrosa que la vista anteriormente, pues la primera se suele dirigir a un único tipo de servicio bancario y por tanto las posibilidades de éxito son más limitadas; sin embargo en este segundo la **modificación del DNS queda en el ordenador a la espera de que el usuario se conecte a su servicio bancario** por lo que puede atacar a muchos más.

4.- CARDING: Junto a las dos anteriores configura las **estafas** más realizadas a través de Internet. Es un delito muy temido en el comercio electrónico ya que cualquiera puede realizarlo sin poner en riesgo su integridad física o ni siquiera enfrentarse a la víctima del robo o hurto. El proceso comienza cuando la persona consigue la **numeración de una tarjeta de crédito**, lo cual no resulta tan difícil si se tiene en cuenta que **muchas de ellas se venden a través de la red.** Una vez que se ha conseguido la numeración, es como si se dispusiera de la tarjeta en sí y, por ende, de los fondos que hay tras ella para ser traspasados a otras cuentas o para realizar compras que serán cargadas a la tarjeta de la víctima.

Policialmente se podría actuar en el caso de compras realizadas y cargadas a nombre de otra persona si éstas son entregadas físicamente a la persona que realizó la estafa; si bien como se observa puede ser algo complicado. Lo mejor es recomendar la prevención y en este caso llevar un

control continuo del movimiento de tus cuentas para evitar ser estafado o que te carguen compras u operaciones no realizadas.

5.-SPYWARES, también conocidos como “archivos espías” son unas diminutas aplicaciones (“software malicioso”) que se instalan en nuestro equipo sin ningún permiso y sin que nosotros nos demos cuenta con el fin de revelar datos privados y personales, de forma subrepticia a través de la red, cuyo objetivo es el envío de datos del sistema por lo general a una empresa de publicidad de Internet (aunque a veces puede ser a un particular que se aproveche de esto). **Los Spyware no representan un peligro de manipulación ajena del sistema, ni de daños a nuestro ordenador por parte de terceros. Sus efectos son, simple y llanamente, la violación de nuestros derechos de confidencialidad de nuestros datos, así como una navegación más lenta.**

La mayor parte de las veces los introducimos nosotros mismos, por supuesto, sin tener conocimiento de este hecho a través de otros programas (tipo Shareware) de descargas de programas de Internet gratuitos durante un periodo de tiempo.

Su función, y ahí radica el peligro, es que mediante los mismos se pueden obtener datos del usuario como por ejemplo el sistema operativo utilizado, las páginas visitadas, el tiempo que se ha estado en las mismas, descargas realizadas, etc.... incluso pueden llegar a transferir datos tan privados y personales como direcciones de correo electrónico, direcciones IP, número de teléfono al que se realiza la conexión a Internet con su nombre de usuario y contraseña, etc. con los que luego ESTAFAR a otras personas.

La posesión de dichos programas para dicho fin, entre otras conductas recogidas en el artículo 248 apartado b (posesión, distribución, facilitación...) **CONSTITUIRÍA UN DELITO DE ESTAFA POR MANIPULACIÓN INFORMÁTICA** el problema posterior será demostrar que efectivamente se tienen con dicha finalidad.

Otras estafas a través de la red se suelen realizar a través de **subastas fraudulentas** en la red, donde la víctima cree haber adquirido algo a muy buen precio, da un anticipo en una cuenta y nunca le llega lo adquirido perdiendo en este caso lo dado; o a veces aprovechándose de la buena voluntad de las personas a través de correos electrónicos que simulan provenir de una ONG o instituciones benéficas y lo que hacen es obtener información de las tarjetas de crédito y los donantes etc....

DEFRAUDACIONES INFORMÁTICAS

En dicho tipo delictivo, a diferencia del anterior que hemos visto (Estafas basadas en un engaño) va a existir una persona, en este caso el perjudicado que es quien abona o paga el servicio, y otra persona (sujeto activo) quien se aprovecha del mismo.

Así el artículo **255** del vigente Código Penal recoge la siguiente conducta:

Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

- 1. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.*
- 2. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.*
- 3. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.**

En dicho supuesto se podría encuadrar la conducta de aquel que paga un servicio de Internet para conectarse a la red o se aprovecha de un "Wifi" de otra persona sin autorización (por ejemplo la del vecino) y lo utiliza sin abonar nada y utilizando un provecho o beneficio.

En lo que se conoce como "**enganches a la red o a Internet**", la cual podría encuadrarse dentro del apartado tercero del artículo 255 (si superase la defraudación los 400 euros, sino sería una falta) si bien dicho tipo delictivo no suele denunciarse o llegar a las Comisarías porque es muy difícil de probar que se ha producido dicho tipo delictivo (falta la mayor parte de ocasiones debido al uso o existencia de la " tarifa plana" de los usuarios) y que has utilizado o te has "metido" en el Wifi del vecino.

HURTO DE TIEMPO INFORMÁTICO:

Dicho tipo delictivo se recoge en el artículo 256 del vigente Código Penal. Así señala este lo siguiente:

“El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses”.

Se va a castigar el uso de terminales ajenos careciendo de consentimiento o autorización (EL PROPIETARIO DEL ORDENADOR ES DISTINTO DEL QUE LO UTILIZA) para FINES DISTINTOS A LOS DEBIDOS.

Fuera del ámbito informático se ha utilizado para castigar a la persona que usa un teléfono ajeno sin autorización con la producción de un gasto y un perjuicio superior a 400 euros para su titular, evidentemente que se acreditará con la correspondiente factura (de existir autorización para el uso pero no para ese gasto excesivo, la responsabilidad se depuraría civilmente).

Dicho tipo delictivo en el ámbito informático se aplica de forma residual y solo para casos "muy abusivos", (siempre que no pueda aplicarse otro tipo penal) como por ejemplo el **funcionario de la administración de Justicia (o nosotros) que en lugar de dictar sentencias o utilizarlo para fines laborales (atestados, trabajo policial...) se dedica a vender casas desde dicho ordenador o a trabajar en otras cosas que no tienen nada que ver con su trabajo (realiza trabajos para otras empresas).**

DAÑOS INFORMÁTICOS:

Dicho tipo delictivo se recoge en el artículo 264, introducido con la reforma del Código Penal de 22 de Junio de 2010, el cual señala lo siguiente:

1. *El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *El que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado, con la pena de prisión de seis meses a tres años.*

3. *Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

1.º *Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.*

2.º *Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.*

4. *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:*

a) *Multa del doble al cuádruple del perjuicio causado, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.*

b) *Multa del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33

El daño causado puede realizarse bien sobre la parte física (bien material) del ordenador (Hardware), y en este caso hablaríamos de un delito o falta de daños del tipo básico (263) o sobre la parte lógica (Software, es decir, datos, sistemas, archivos, programas...) o parte inmaterial, a través sobre todo de "virus informáticos" (virus, gusanos, troyanos...) que es lo que viene a regular dicho tipo penal.

Respecto ha dicho tipo delictivo y su comisión debemos distinguir varios conceptos, utilizados en la "jerga" informática, los cuales se van a constituir, en la mayor parte de los casos, como los sujetos activos de este tipo de ilícitos penales:

- a) **HACKING (o Hacker)** o concepto que hace referencia a una persona o individuo que sin derecho penetra un sistema informático sólo por gusto o para probar sus habilidades y que generalmente no tiene fines delictivos graves. (luego veremos que dichas personas, también conocidas como "Hackers Blancos" suelen cometer delitos de

descubrimiento y revelación de secretos, tipificados en el artículo 197.3 del Código Penal).

- b) **CRACKING (o Cracker)**; se trata de un concepto derivado del hacking y que el mundo informático se utiliza de forma despectiva para designar a una persona que sin derecho alguno penetra en un sistema informático con el fin de robar o destruir información valiosa, realizar transacciones ilícitas, o impedir el buen funcionamiento de redes informáticas o computadoras; es decir se dedican a violar la seguridad de los sistemas informáticos y son mucho más peligrosos que los anteriores.

Entre los delitos que pueden a llegar a cometer estas personas conocidas como “Crakers”, relativos al concepto de **SABOTAJE INFORMÁTICO**, podemos señalar entre los más importantes los siguientes:

1. La creación y la utilización de **BOTNET**; concepto informático que hace referencia al **control, que de forma remota, se realiza sobre un conjunto de ordenadores y servidores (“ordenadores robotizados” u “ordenadores zombies”)** previamente infectados por dicho Cracker.

Dichos ordenadores y servidores una vez controlados, generalmente a través de correos “spam” que contienen publicidad así como software malicioso (“malware”) van a quedar “dormidos” a la espera de que sean **activados por dicha persona a través de una clave o incluso por el propio usuario a través de una palabra**, generalmente la de un banco.

Lo grave y complicado de dicha acción es que **el propio usuario no sabe en ningún momento que su ordenador esta controlado por otras personas y que puede llegar a ser utilizado para fines ilícitos.**

De esta manera se pueden llegar a controlar miles de ordenadores (la última operación llevada a cabo por la BIT de forma conjunta con la Guardia Civil detuvo a dos personas las cuales tenían controlados más de 148.000 “ zombies”) y utilizarlos a su antojo con los consiguientes perjuicios para los usuarios.

2. Dichos BOTNET, una vez creados se utilizan para realizar conductas tales como :

- a) **Denegaciones de Servicio Informático (DDoS)**: Dicho ataque sucede cuando se envían grandes cantidades de solicitudes a un servidor de Internet o varios servidores caso de GMail, Hotmail, Facebook... desde una cantidad considerable de computadoras conectadas a Internet de manera simultánea.

La intención de dicho ataque es dejar fuera de servicio un Sitio WEB o un Servidor, y se realiza coordinando grandes cantidades de computadoras distribuidas en muy diversos puntos del mundo, las cuales envían grandes cantidades de solicitudes o información a su víctima, ocasionando que los Servidores queden “noqueados” o simplemente que sus enlaces a Internet se saturen y queden fuera de servicio para sus usuarios.

Suelen ser llevados a cabo por grupos de Hackers o por Mafias; actualmente se suelen utilizar dichos ataques por mafias del Este, sobre todo de Rusia a través de los ordenadores de usuarios normales que ignoran que sus computadoras han sido utilizado para este propósito; así para tomar el control de estos equipos instalan aplicaciones que permanecen activas a la espera de instrucciones que les indiquen cual es el objetivo a atacar, la manera de dicho ataque y el momento.

Imaginaos algún supuesto donde alguien tiene controlados o “robotizados” 100 ordenadores o más y una empresa contrata los servicios de ésta para dejar bloqueado durante varios días el sistema informático de una empresa competidora las cuales durante dicho tiempo no pueden trabajar, con los consiguientes perjuicios y daños económicos además de la mala reputación o fama que esto les supondría respecto a otros competidores; o dejar bloqueado durante varios días el acceso informático o los servidores del Aeropuerto de Barajas con el perjuicio que esto supondría a los usuarios.

Se trata por tanto de una conducta incluso mucho más peligrosa que el simple borrado de unos datos del ordenador, ya que estos con aplicaciones informáticos pueden a veces recuperarse.

- b) Incluso imaginaos conductas incluso más graves, que en este caso entroncarían directamente con un **delito de estragos recogido en el artículo 346** en relación al artículo 572(Terrorismo, en este caso informático; sería de aplicación por concurso de normas el delito del 572 que absorbería el 346 si se realiza con ese ánimo de subvertir el orden constitucional; sino se aplicaría el 346 sin perjuicio de castigar de forma separada las muertes y lesiones producidas).

Así el artículo 346 del vigente Código Penal señala lo siguiente:

“ Los que, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivo, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de un mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el

servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de 10 a 20 años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas.

2. Cuando no concurriere tal peligro, se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código.

3. Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido.

Se trataría por tanto de supuestos denominados **CIBERTERRORISTAS**, que encuadrarían dentro de este tipo penal el cual no solo exige o recoge que se produzcan explosiones sino CUALQUIER OTRO MEDIO DE SIMILAR POTENCIA DESTRUCTIVA SIEMPRE QUE SE COMPORTE UN PELIGRO PARA LA VIDA O INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS SIN PERJUICIO DEL CONCURSO CORRESPONDIENTE SI SE PRODUJERA UN RESULTADO LESIVO DE LAS PERSONAS. Así podríamos citar los siguientes ejemplos:

- ❑ Un cracker a través de sus conocimientos y el equipo informático apropiado se introduce en el sistema de control de **tráfico aéreo de un gran aeropuerto** internacional y **destruye el sistema de control** o altera algunas de las frecuencias o rutas de vuelo o aterrizaje; las consecuencias podrían ser caóticas ya que un choque de dos aviones en la pista de aterrizaje puede **producir centenares de muertos sin la necesidad de instalar siquiera el menor artefacto explosivo o disparar una bala.**
- ❑ Un cracker que **destruya el sistema de control** de la producción o distribución **de energía eléctrica** provocando de esta manera un apagón generalizado en alguna gran ciudad con todas las consecuencias que ello implica (detenciones de elevadores con gente atrapada, disturbios generalizados en las calles, pérdida de capacidad de respuesta de hospitales...
- ❑ O la **destrucción del sistema de control de tráfico de semáforos**, con el consiguiente desorden, caos, choques, atascamientos...y la imposibilidad de asistencia y ayuda de los servicios de ambulancias, bomberos y policía por la inmovilización de éstos.

Como se puede observar la potencial capacidad de destrucción así como los perjuicios que pudieran causarse con estas conductas excede o supera de forma notoria supuestos antes no imaginados los cuales pueden realizarse a kilómetros de distancia y sin apenas ningún riesgo para la persona que los lleva a cabo.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

Se trata de delitos realizados a través de medios informáticos (en este caso usando o utilizando ordenadores) que van a vulnerar en este caso los derechos de propiedad intelectual (en la mayoría de los casos) de los titulares de estos derechos.

Son los conocidos como DELITOS DE PIRATERÍA INFORMÁTICA y a los cuales hace referencia el apartado tercero del artículo 270 del vigente Código Penal. ***“Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.***

El concepto de piratería informática deriva del concepto anglosajón “piracy”, término utilizado para referirse a la copia ilegal de obras literarias, musicales, audiovisuales o de software, INFRINGIENDO LOS DERECHOS DE AUTOR.

Generalmente dicho concepto de piratería informática o de pirata informático se ha asociado al concepto de hacker (persona creativa, que le apasiona el conocimiento y aprender nuevas habilidades sin fines delictivos graves a diferencia del concepto de Cracker anteriormente referenciado) si bien no siempre tienen relación entre sí ya que la mayor veces la practica de la piratería (copias de CDs, de videos, de juegos....) requiere un mínimo o nulo conocimiento.

Con dicho tipo delictivo (PIRATERÍA) se pretende **castigar** sobre todo **aquellas conductas graves** (no la del simple inmigrante o “negrito” que vende CDs en la calle, Top Manta, para subsistir, que si bien como se expuso en los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial de este manual al cual me remito también es constitutivo de un ilícito penal, y ahora incluso no solo de delito sino también de falta) tales por ejemplo aquellas personas u organizaciones o asociaciones que se dedican a la piratería informática de forma masiva y que utilizan o tienen en su poder gran cantidad de ordenadores (“ **torres informáticas**”) con el fin u objetivo de realizar multitud o ilimitadas copias ilegales de diferentes productos (CDs, videos, películas, juegos de la play...) vulnerando y perjudicando los derechos de autor de sus titulares.

DELITOS DE ESPIONAJE INFORMÁTICO O DE EMPRESA

Otra conducta delictiva que puede realizarse a través de medios o sistemas informáticos es la recogida en los artículos 278 a 280 inclusive del vigente Código Penal.

Así señala de forma especial el artículo 278 lo siguiente:

“El que, para descubrir un secreto de empresa se apodera se por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u

otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.”

Este precepto se encuentra relacionado de forma directa con lo preceptuado en el artículo 197 del vigente Código Penal (que posteriormente será analizado en dicho manual cuando tratemos de los DELITOS CIBERINTRUSIVOS) que protege los delitos contra la intimidad así como el descubrimiento y revelación de secretos de estas.

Por tanto en dicho precepto se castigan conductas que conculcan o vulneran secretos empresariales, los cuales como viene señalando la propia Jurisprudencia, deben tener o poseer una transcendencia económica para que sean penalmente relevantes.

Dicho lo anterior **si con dicha conducta también se vulnerasen secretos relativos a la intimidad de las personas (197.3) existiría un concurso de delitos entre uno y otro. (o con los daños producidos, si se producen del artículo 264)**

Se trata de un delito de MERA ACTIVIDAD, TENDENCIAL O DE RESULTADO CORTADO, es decir que no exige ningún tipo de resultado para que se consuma el tipo bastando el simple apoderamiento o la utilización de medios o instrumentos ilícitos (en este caso a través de programas informáticos) para llevar a cabo la conducta.

Y evidentemente se ha de probar (la mayor parte de las veces en Sede Judicial) que la finalidad (delito de tendencia) era el apoderamiento o vulneración de los secretos de la empresa con el objeto de descubrirlos para sí o para un tercero que previamente te puede haber contratado, ya que si la finalidad era la mera o simple destrucción de los mismos dicha conducta se incardinará en un delito de DAÑOS O SABOTAJE INFORMÁTICO previsto y penado en el artículo 264 en relación al tipo básico recogido en el artículo 263.

De igual manera se ha de probar o debe tratarse de datos reservados o secretos de esa empresa **NO DE PÚBLICO CONOCIMIENTO**

Se van a englobar y a castigar conductas dirigidas a obtener datos de forma ilícita de investigaciones, listas de clientes, balances... e incluso muchas veces el propio programa del ordenador (el software) que contiene todos estos datos el cual suele tener un importante valor económico.

Así se castigarían varios supuestos entre otros:

- Persona que contrata a otra (generalmente un Cracker) con amplios conocimientos informáticos para que acceda a los

secretos de una empresa, con la cual se encuentra en competencia y posee información relevante sobre algún hecho en concreto (patentes, medicinas...) y se apodera de éstos generalmente a cambio de importantes cantidades económicas.

- ❑ Persona que trabaja en una empresa (por ejemplo de investigación y desarrollo de medicamentos) y está jugando a “dos bandas”, es decir “ roba o sustrae” información de dicha empresa con la que trabaja a diario y se la proporciona a otra de la competencia, muchas veces, no en documentos o soportes físicos (papeles, un CD...) sino a través de correos electrónicos o e-mails que luego borra por lo que luego es muy difícil probar que se produjo dicha conducta al no quedar registro alguno de los mismos. (en este caso se le aplicaría lo señalado en el artículo 279 del vigente Código penal que castiga “LA DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN DE UN SECRETO DE EMPRESA LLEVADA A CABO, POR QUIEN TUVIERA LEGAL O CONTRACTUALMENTE OBLIGACIÓN DE GUARDAR RESERVA...”. Si el secreto se utilizase en provecho o beneficio propio la pena sería menor.
- ❑ **NO SE CASTIGARIAN** supuestos donde el trabajador de una empresa, que es muy bueno en su sector, es contratado por otra empresa a cambio de mejores condiciones laborales. Evidentemente esta persona esta en su derecho de mejorar laboralmente y lo que no se le puede hacer es un “borrado mental” de todos los conocimientos adquiridos durante sus años de trabajo. Otra cosa sería si se llevase (físicamente y no mentalmente) documentos secretos a dicha empresa ya que en este caso si cometería dicho tipo delictivo.

FALSEDAD DOCUMENTAL VEHICULIZADA:

Otro tipo delictivo que puede cometerse a través de la utilización de medios o sistemas informáticos en la **falsedad documental vehiculizada**, realizada a través de la Red y suplantando , en la mayoría de los casos, la identidad de un página Web (falseando ésta o creando una página falsa simulando ser la verdadera, la mayor parte de Bancos) para obtener la mayoría de las veces claves de acceso a la página verdadera u otros datos y luego utilizar estos para realizar autenticas estafas y desfalcos a los usuarios de las mismas (DELITO DE FALSEDAD DOCUMENTAL, 392, si es cometido por particular, en relación al 390 EN CONCURSO CON UN DELITO DE ESTAFA DEL ARTÍCULO 248.2).

Así el artículo 390 del vigente Código Penal, el cual hace referencia a Autoridades o Funcionarios Públicos, señala lo siguiente:

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1. ° *Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*
 2. ° *Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*
 3. ° *Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*
 4. ° *Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*
2. *Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto a actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.*

Y el 392, que hace referencia a particulares, señala lo siguiente:

- “1. *El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*
2. *Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciera uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.*
Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.

Por tanto no solo hay que entender como documento el papel escrito, sino como señala el artículo 26 del vigente Código Penal lo será “**TODO SOPORTE MATERIAL QUE EXPRESE O INCORPORE DATOS, HECHOS O NARRACIONES CON EFICACIA PROBATORIA O CUALQUIER OTRO TIPO DE RELEVANCIA JURÍDICA**”.

Por tanto pueden incluirse documentos escritos o papeles, o de audio o video... y con las nuevas técnicas informáticas páginas Web (por ejemplo la de un banco) la cual aporta una serie de datos relevantes jurídicamente (la introducción de claves de acceso a éstas van a proporcionar una serie de datos personales o de tipo mercantil con relevancia jurídica, sobre todo relativos al ámbito privado de dicho usuario).

Este tipo o conducta delictiva es conocida en el ámbito informático como “**spoofing**”, es decir, a técnicas de suplantación de la identidad, generalmente de una dirección IP del ordenador o de una página Web.

El supuesto más genérico o usual es lo que se conoce como “**WEB SPOOFING**” es decir la suplantación de una página Web real; la mayor parte de las veces una página Web de un banco.

Así se crea una página falsa, la cual al conectarse la víctima la lleva o la “enruta” con otras páginas Web con el objetivo de obtener información de la misma, tales como páginas de visitas, contraseñas, información subida a formularios, etc.... **(Ej.: Se crea una página Web simulando ser la página real u original del Banco Santander y cuando la persona se conecta a ésta, pensando que es la verdadera, facilita datos personales o contraseñas que son aprovechadas por el “hacker o falsificador” para posteriormente acceder a estas para estafar a la víctima o sacarla dinero de la cuenta verdadera).**

BLANQUEO INFORMÁTICO DE CAPITALS

A través también de medios o sistemas informáticos puede cometerse otro tipo delictivo, en este caso, el Blanqueo de Capitales recogido en el artículo 301 del vigente Código Penal. Señala éste lo siguiente:

1. El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

Se trata en este caso de blanquear dinero proveniente de hechos delictivos ocultando su origen ilícito a través de medios o sistemas informáticos.

Así podríamos encuadrar o incardinar supuestos tales como:

- Por ejemplo el de una persona el cual simula o falsea una pagina web o varias para obtener claves de acceso o contraseñas de sus titulares para a continuación estafarlos y sacar dinero de las mismas (ya comete un hecho ilícito o delictivo, en este caso posiblemente dos, FALSEDAD DOCUMENTAL en concurso con UNA ESTAFA) y a continuación y para evitar sospechas y su seguimiento crearse una cuenta bancaria, o tener ya una creada (o de otra persona y depositar dichas cantidades en la de ésta) en las Islas Caimán u otro país de este estilo donde los controles sobre el Blanqueo de Capitales son menos restrictivos por no decir nulos, cometiendo también un delito de Blanqueo de Capitales.
- O supuestos donde personas, especializadas y con altos conocimientos de informática, generalmente Cracker, van accediendo a distintas cuentas bancarias de distintos usuarios sustrayendo cantidades dinerarias de éstas para transferirlas posteriormente a otras cuentas creadas en otros países (saco el dinero de cuentas bancarias de diferentes provincias de España o de una y lo obtenido lo llevo a una cuenta de Andorra previamente creada y luego esto lo diversifico en otra creada en las Islas Caimán o Seychelles por citar algunas) haciendo más difícil su posterior seguimiento y control debido a estos movimientos o flujos dinerarios y también porque en dichos países los controles sobre el blanqueo de capitales suelen ser menos estrictos.

DELITOS CIBERINTRUSIVOS:

Hemos hablado en el epígrafe anterior, haciendo una clasificación sistemática de los delitos llamados “cibereconómicos”, es decir aquellos donde se atenta y vulnera principalmente la esfera patrimonial y económica de la víctima.

Ahora vamos a realizar una clasificación, dentro de los delitos informáticos, de aquellos denominados **CIBERINTRUSIVOS**, es decir de aquellos donde se vulneran principalmente la esfera de la intimidad personal de las víctimas.

Dentro de éstos podemos realizar la siguiente clasificación, a titulo de orientación sistemática y al objeto de diferenciar los distintos tipos penales recogidos en el vigente Código Penal:

DELITOS RELATIVOS A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

En este apartado vamos a analizar una serie de tipos delictivos realizados de forma usual a través de medios informáticos (ordenadores), y donde se van a castigar conductas relativas a la elaboración y distribución de material pornográfico realizado con menores protegiéndose el libre desarrollo de la personalidad de éstos, tanto personal como sexual, y asimismo se van a vulnerar otros derechos que afectan a la intimidad de estas personas.

Como regla general, podemos señalar que estas conductas donde están implicados menores van a ser constitutivas siempre de delito (NO VA A OCURRIR ASÍ CON LAS PERSONAS MAYORES SIEMPRE QUE AUTORICEN O DEN SU

CONSENTIMIENTO) bien sea por un tipo penal u otro y con independencia de que estos consientan o no, ya que como de todos es sabido el consentimiento dado u otorgado por menores (en estos tipos delictivos relativos a la pornografía y corrupción de menores, en otros es más discutible) carece o va a carecer de relevancia jurídica y no va a excluir la tipicidad y punibilidad de estas conductas.

Así, en el vigente Código Penal se recogen una serie de artículos que hacen referencia a la prostitución y corrupción de menores (artículo 186-189) los cuales pueden realizarse a través de medios informáticos. Así señala el artículo 186 lo siguiente:

“El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”

En dicho tipo penal podrían encuadrarse supuestos donde a través del ordenador una persona contacta con un menor o incapaz (**si fuera mayor dicha conducta sería impune salvo que éste distribuyese, como luego veremos material pornográfico elaborado con menores**) a través de las redes sociales tan de moda o actualidad, y le manda un archivo con su foto y con otras fotografías porno o una película donde se exhiben actos pornográficos u obscenos (felaciones, penetraciones ... NO UN SIMPLE DESNUDO YA QUE DICHA CONDUCTA SERÍA ATÍPICA (para el que la manda) Y NO SE RECOGE EN DICHO TIPO.

Y como señala el tipo (“el que...”) el mismo puede cometerse tanto por mayores de edad como por menores de edad los cuales actúen como sujetos activos del delito (Ej.: menor de 17 años el cual contacta a través de la red social con otro menor de 15 años y le manda a través de varios archivos informáticos material pornográfico). En este caso como en los supuestos abajo referenciados la pena variará si el material pornográfico enviado se ha realizado con mayores de edad (186) o con menores de edad (artículo 189).

Habría que distinguir **varios supuestos** donde luego incidiremos un poco más:

- a) Si se le manda al menor o incapaz **material pornográfico** (según establece la Sala 2ª del Tribunal Supremo es aquél material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales el normal curso o desarrollo de la personalidad en formación de los menores o adolescentes NO UN MERO DESNUDO YA SEA DE UN MENOR O ADULTO, VARÓN O MUJER; lo serían las imágenes obscenas o situaciones impúdicas que desbordan los límites de lo ético, erótico y estético siempre en función del pensamiento, costumbres y usos sociales distintos de cada época) **elaborado con mayores de edad** cometería un delito recogido en este tipo penal **(186)**.
- b) Si le manda **material pornográfico elaborado con menores o incapaces** (entendiéndose por material pornográfico lo expuesto anteriormente) dicha conducta se castigaría de forma más agravada por el **artículo 189** (que luego analizaremos) y no por el artículo 186.
- c) También configuraría dicho tipo delictivo y se castigaría por el mismo, si lo que hace el sujeto activo, en lugar de mandarle los archivos es **mostrárselos a través del ordenador**. (Ej.: Mayor o menor de edad que abre su ordenador

donde tiene material pornográfico y se lo muestra a un menor o incapaz). Ya veremos posteriormente que la posesión de material pornográfico elaborado con menores también es castigado por el Código Penal en virtud a lo establecido en el artículo 189.

- d) Dicho tipo protege a menores o incapaces y por tanto si se manda material pornográfico elaborado con PERSONAS MAYORES (si se manda material “porno” de menores a mayores veremos posteriormente que dicha conducta también es constitutiva de delito, 189.1.B) a personas mayores de edad (18 o más) dicha conducta sería ATÍPICA.

Por otra parte el artículo el artículo 189 del vigente Código Penal recoge las siguientes conductas, de interés respecto al tema analizado (utilización de medios informáticos) y donde analizaremos las recogidas en los apartados 1,2,,4 y 7 del citado precepto.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que captare o utilizare a 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, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

En dicho apartado podrían encuadrarse conductas tales como:

- 1) Persona que obliga a un menor de edad o incapaz (con coacciones o de forma violenta, o con engaño o de cualquier forma) a **ponerse delante de una WebCam** u otro tipo de artificio técnico con el fin de que se masturbe o haga otro tipo de acciones sexuales con otro menor o mayor con el fin de distribuirlo luego por la RED para obtener algún beneficio económico (generalmente) o simplemente como diversión. La violencia ejercida podría constituir otro tipo delictivo (amenazas, coacciones...) e incluso si la agrede sexualmente o abusa de ella un concurso real con dichos tipos delictivos.
- 2) Misma conducta pero en este caso lo utiliza (un menor manteniendo relaciones sexuales con otro menor o con una persona mayor) para **elaborar una cinta “porno”** y luego distribuirla por la Red o por otros ámbitos públicos o privados a cambio de un dinero o por simple placer.
- 3) Si lo que haces es financiar una película porno elaborada con menores y luego la distribuyes (189.1.b) por la RED aunque cometes dos conductas distintas (Financiación del 189.1.A y Distribución del 189.1.B) dicha persona será castigada por el apartado 1.A Y NO POR LOS DOS (LA PENA PARA AMBOS APARTADOS ES LA MISMA) si bien habría que atender a la continuidad delictiva o no, ya que puede ocurrir que primero la financie y luego a los dos meses la distribuya.
- 4) Dichas conductas serían castigadas en concurso con las violencias, coacciones, lesiones o resultados producidos. (Ej.: Le pega una paliza al menor fracturándole un brazo y le obliga a masturbarse delante de una cámara o una WebCam).
- 5) En el apartado 1.A del artículo 189 se viene entendiendo por las distintas Fiscalías y Tribunales (incluido el T.S) que por cada menor utilizado para

elaborar dicho material pornográfico se configurará UN DELITO DEL 189.1.a al tratarse de ataques a bienes jurídicos personalísimos.

- 6) Se trata de un delito de mera actividad, si bien en ocasiones se ha admitido la TENTATIVA (de forma muy restrictiva; ej.; proposición de la persona a través de una WebCam varias veces en varios días para que el menor se masturbe delante de la cámara sin llegar a realizarlo éste); ya que se ha entendido en ocasiones por los Tribunales que en este caso se intenta hacer participar al menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique su desarrollo y evolución (se intenta en este caso “ corromperlo”).

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido

En dicho tipo delictivo ya no se va a castigar la UTILIZACIÓN de forma directa de los menores o incapaces sino la posterior difusión, venta, distribución.... incluso la POSESIÓN para estos fines (que deberá acreditarse y probarse) de menores o incapaces UTILIZADOS EN LA ELABORACIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

La clave de dicha conducta se encuentra en la palabra UTILIZADOS.

Podemos distinguir los siguientes supuestos:

- a) Si yo obligo a varios menores a realizar conductas pornográficas o exhibicionistas (felaciones, masturbaciones...) para luego producir yo una película y a continuación distribuirla por la RED cometería la conducta del artículo 189 1 a); aunque luego la distribuyo dicha conductas recogidas en el apartado b) se absorberían en la primera sin perjuicio de agravar la conducta por el 189.3.
- b) Si yo los utilizo y los grabo con una cámara y produzco la película y luego otra persona distinta la distribuye por la RED sin haber participado en la filmación o elaboración, yo cometería la conducta del 189 1 a) y la otra persona la conducta del 189 1 b).
- c) Si yo meto una cámara oculta en una habitación de forma clandestina donde hay menores (ellos no tienen conocimiento de esto) y capto una grabación pornográfica o exhibicionista realizado por estos (felación... etc.) y luego la difundo por la RED dicha conducta será inculpada o castigada por el artículo 197.1 y 197.4 (Delito contra la Intimidad y propia imagen del menor) y no por el 189; pero si yo luego distribuyo lo obtenido de forma clandestina a través de la Red cometeré el tipo delictivo del 189.1 b), ya que en dichos tipos delictivos (como sostiene el TS y la Fiscalía) no solo se protege la libertad sexual sino la indemnidad sexual del propio menor, es decir el libre desarrollo de la personalidad de éste.
- d) Sin embargo, si otra persona difunde o distribuye dichas imágenes pornográficas o exhibicionistas captadas a menores de forma clandestina o subrepticia por otra persona y sin participación en su filmación o elaboración cometerá un delito contra la intimidad de éstos (197.4 POR DIFUSIÓN DE

LAS IMÁGENES en CONCURSO IDEAL (77.2) CON OTRO DEL 189 .1 b) POR DISTRIBUCIÓN DEL MATERIAL PORNOGRÁFICO, pues a la lesión típica de la intimidad y propia imagen se acumularía la puesta en peligro de la indemnidad de los menores en general como bien jurídico protegido por el tipo de distribución de pornografía infantil.

- e) EL INTERCAMBIO DE ARCHIVOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL a través de la RED será subsumible en el concepto de DISTRIBUCIÓN (189.1 b) pues permite que otros accedan al mismo poniéndolo a disposición de terceros.
- f) Si lo posee (material pornográfico) para DISTRIBUIRLO, DIFUNDIRLO.... 189.1 b); ej: **Si posee material pornográfico donde se han utilizado menores para distribuirlo, venderlo... POR LA RED cometerá dicho tipo delictivo (189 1 b; evidentemente habrá que probar esto atendiendo a la cantidad de archivos que tenga, material porno que posea...).**

En el apartado 189.1 b (supuestos analizados anteriormente), aunque aparezcan varios menores o incapaces en el material pornográfico que se produce, vende, distribuye... se va a considerar (a diferencia del apartado 189.1.a) COMO UN UNICO DELITO (EL SUJETO ACTIVO SOLO COMETERÍA UN DELITO) PUES LA JURISPRUDENCIA ENTIENDE EN ESTE CASO QUE DICHO MATERIAL PORNOGRÁFICO DEBE TRATARSE COMO UN TODO CON INDEPENDENCIA DE LOS MENORES UTILIZADOS.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

Ej: Lo posee para uso propio en SU ORDENADOR siempre que se trate de material pornográfico donde se hayan UTILIZADO MENORES o INCAPACES (189.2) ; si lo distribuye a través de la RED (da lo mismo que sea a menores o mayores) se castigaría por el apartado anterior el cual impone más pena; 189 1 b).

3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.
- b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
- c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.
- d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.
- e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.
- f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

La aplicación de dichos tipos agravados será potestativa del Juez competente atendiendo a las circunstancias concurrentes de cada caso una vez que éste haya valorado y ponderado las mismas; será suficiente que concurra una de ellas. En el supuesto de concurrir varias de ellas, dicho tipo penal no se agravaría.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

En este apartado, a diferencia del primero anteriormente analizado, el cual hacía referencia a la utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, se castiga EL HACERLE PARTICIPAR EN UN COMPORTAMIENTO SEXUAL QUE PERJUDIQUE SU EVOLUCIÓN O DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD.

Podrían incluirse en el mismo supuestos tales como:

A) la persona (sujeto activo) que obliga a un menor o incapaz a que se desnude delante de una cámara para grabarlo (o delante de una Webcams) (con violencia, intimidación, engaño...) u otro medio técnico con la finalidad posterior de **distribuir lo grabado por Internet**. Sin perjuicio de castigar dicha conducta, la misma podría concursar con las violencias ejercidas (amenazas, coacciones, agresiones sexuales..) o absorberse por las más graves si existe una continuidad delictiva (CONCURSO DE NORMAS; ej: La obliga a desnudarse delante de una cámara Webcams y acto seguido la agrede sexualmente; se castigaría por AGRESIÓN SEXUAL Y ABSORBERÍA LA PRIMERA CONDUCTA; si no existiera dicha continuidad delictiva (lo realiza en diferentes momentos) si podría existir un CONCURSO DE DELITOS Y NO UNO DE NORMAS.

La distribución o difusión posterior de dicho desnudo a través de Internet podría ser constitutivo de un delito contra la intimidad o la propia imagen del menor (Art. 197 del Código Penal si se realiza con el ánimo de vulnerar su intimidad, si bien dicho precepto, como sostiene la Jurisprudencia, castiga las **intromisiones clandestinas más graves de la vida privada, sobre todo en domicilios o lugares cerrados (EJ: PONE UNA CÁMARA EN LA HABITACIÓN DEL MENOR PARA GRABARLA CUANDO SE DESNUDA Y LUEGO DIFUNDIRLA POR INTERNET)**; fuera de estos supuestos, habría que ir caso por caso, bien para acudir a la vía penal (artículo 197) o a la vía civil y sancionarse por la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo sobre la Protección Civil del Honor, Intimidada Personal y Propia Imagen (Artículos 7 y 8 de la misma; Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal).

B) O supuestos donde el sujeto activo contacta con la víctima a través de la Red (a través de las distintas redes sociales existentes como Facebook,...) utilizando una WebCam y a través de ésta engaña a la víctima para que se desnude delante de ella a cambio de alguna promesa o recompensa que seguro no cumplirá; en este supuesto será sancionado por el 189.4 (hacer participar en comportamientos de naturaleza sexual a un menor) y si además graba dicha imagen y luego la distribuye por la red (INTERNET) sería sancionado por el artículo 197.1 en relación al 197.4. Como se ha expuesto anteriormente habrá que ir caso por caso para acudir a la vía

penal (197) o sancionar dicha conducta por la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo sobre la Protección Civil del Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen (Artículos 7 y 8 de la misma).

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

En este apartado se incluirían conductas tales como:

1) El sujeto activo distribuye (o realiza alguna de las anteriores conductas) por la Red material pornográfico elaborado con mayores pero utilizando la voz o imagen alterada de menores o incapaces.

2) Supuestos de PSEUDOPORNOGRAFÍA, es decir películas pornográficas elaboradas con dibujos animados (HENTAI) y donde se ha utilizado la voz de menores o incapaces o la imagen de éstos previamente alterada y luego se difunden o distribuyen a través de la RED.

2) DELITOS RELATIVOS AL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS (INTIMIDAD, DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO) REALIZADOS A TRAVÉS DE MEDIOS INFORMÁTICOS.

En este apartado vamos a analizar supuestos de intromisión en la intimidad de las personas (197) realizada a través de medios informáticos, la mayor parte de las veces realizada por personal con amplios conocimientos informáticos (CRACKER O HACKER) y muchas de ella como medio para cometer otros hechos ilícitos (ej.: obtener datos de una persona para posteriormente chantajearla o amenazarla con divulgarlo...) si bien muchas de estas conductas pueden realizarse por cualquier persona con unos mínimos conocimientos de informática (**tipo aplicado a particulares**).

El artículo **198** hace referencia las conductas recogidas en el artículo **197**, pero siempre y cuando sean realizadas por **Funcionarios Públicos o Autoridad**, los cuales se prevalen de su cargo para llevar a cabo las mismas **sin mediar causa por delito** (EJ: Funcionario de Policía que accede a una base de datos a la que tiene acceso, y obtiene los antecedentes o el DNI de otra persona para dárselos a un tercero (tiene acceso pero no está autorizado para estos fines; accede a algo que no conoce; **si lo que hace es acceder a algo que conoce por su cargo o trabajo y luego lo revela** (EJ: Accede a un Atestado Policial y a los datos en él contenidos) se le aplicaría un delito de **revelación de Secretos del artículo 417**.

Por otra parte el artículo 199 hace referencia a la revelación de secretos ajenos, los cuales se conocen por razón de su oficio o su relación laboral; mientras en **el artículo 197 se protegen las intromisiones ilegítimas** (Ej.: El trabajador de la Seguridad Social, contratado laboral.... el cual accede a un base de datos a la cual tiene acceso por su trabajo y se apodera sin su consentimiento de datos

personales... de una persona para luego revelarlos o cedérselos a otra sin estar autorizado para ello(197.1 y 4)); en el **artículo 199 lo que se revelan son secretos que ya conoces por tu trabajo SIN ACCEDER A NADA** (si los divulgas tendrá más pena) **u oficio** y cometido en este caso por el **particular o el profesional** que tiene la obligación de guardar sigilo (ej.: particular que trabaja como contratado laboral en la Seguridad Social y conoce que su vecino debe a Hacienda una cantidad de dinero importante y se lo cuenta a otros vecinos; **si accediese a algún archivo se aplicaría por concurso de normas el 197 con las agravantes que procediesen**); si dicha conducta la realizará un **funcionario público o autoridad se aplicaría el delito de revelación de secretos** recogido en el artículo 417 (Ej.: Policía que revela al dueño de un bar el día y la hora donde se le va a hacer un registro frustrando la operación y truncando ésta o accede a un Atestado Policial y facilita datos relevantes a otra persona implicada o funcionario de la Seguridad Social que utiliza su clave personal de acceso y facilita datos económicos de una persona a otra o datos personales; se trata de proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública).

La diferencia principal entre las conductas recogidas en los artículos 198, 535 y 536 respecto a la tipificada en el artículo 417 (revelación de secretos) realizadas todas ellas por los Funcionarios Públicos o Autoridad es que en los primeros la autoridad o funcionario **conoce ilegalmente los secretos** de un particular y los revela, en el artículo 417 se castiga **la revelación de secretos, legítimamente conocidos**, bien oficiales o de un particular.

Nos vamos a centrar específicamente en lo señalado y recogido en el artículo 197 del Vigente Código Penal el cual recoge una serie de conductas que pretenden sancionar “ **intromisiones clandestinas o subrepticias**” de la intimidad de las personas y realizadas a través de medios informáticos o a través de la RED O INTERNET, y el cual también ha sido modificado con la última reforma del Código Penal de 22 de Junio de 2010.

Artículo 197.

1.” El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado”.

Estos tipos delictivos, como se ha referenciado anteriormente, pueden ser cometidos por distintos sujetos activos:

- A) El conocido como CRACKER O “HACKER DURO”; esta persona de “motu propio” o por encargo de otras personas (compensación económica) accede a nuestro ordenador (muchas veces a ordenadores de empresas los cuales contienen secretos o datos importantes) con el fin de apoderarse de documentos muchas veces vulnerando las claves de acceso electrónica o los “password” de acceso. (197.3)
- B) El conocido como “HACKER BLANCO”, que también cometería dicho tipo delictivo, pero que lo único que hace es meterse en un ordenador ve y observa la información (“cotillear”) y luego vive de vender dicha información a terceros (CAPTACIÓN INTELECTUAL SIN DESPLAZAMIENTO ILÍCITO). 197.3
- C) O incluso realizarse por PARTICULARES, con conocimientos informáticos o sin ellos, y sin autorización acceda a dichos datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte de ellos (197.3); si es por

encargados de los ficheros o soportes informáticos que tienen acceso a las mismas (197.5), con más pena si afectan a datos de carácter personal (197.6).

En vista a lo anteriormente referenciado podríamos señalar, a título orientativo, una pequeña **casuística de interés policial** de determinadas conductas ilícitas realizadas a través de medios informáticos o valiéndose de éstos:

- ❑ Personas generalmente con amplios conocimientos informáticos (CRACKER O HACKER DUROS) que acceden a otros ordenadores (particulares o de empresas) vulnerando el “passWord” o la clave de acceso electrónica de éstos y se apoderan de archivos o documentos que se encuentran en su interior (197.3); generalmente suele realizarse en ordenadores de empresas las cuales pueden contener secretos de las mismas con el objeto de cederlos a un tercero (en este caso la competencia, 197.4) a cambio de dinero o alguna otra compensación económica.
- ❑ Si se realiza sobre ordenadores particulares, incluso a veces por personas sin muchos conocimientos informáticos, o porque conocen previamente dicha contraseña y acceden sin consentimiento (ej: vulnera la clave de acceso de una persona y se apodera de documentos o archivos de su interior);muchas veces dicha conducta va encaminado a cometer otros ilícitos delictivos tales como Estafas o engaños a estas personas o para chantajearlas, amenazarlas o coaccionarlas por lo que existiría un concurso de delitos entre dicho tipo delictivo (197.3) y el realizado posteriormente.
- ❑ Para realizar la conducta anteriormente referenciada estas personas lo que hacen es muchas ocasiones es acceder a la RED (INTERNET) y utilizan determinados programas conocidos como **sniffers** o programas rastreadores con el fin de interceptar los correos electrónicos de distintos usuarios de la RED y una vez obtenidos éstos acceden a su interior y se apoderan de los mismos (197.3 en relación al 197.1),
- ❑ Si lo que hace ésta persona, a diferencia del caso anterior, es acceder al correo electrónico de otra persona y en lugar de **apoderarse** de los mensajes con el fin de vulnerar la intimidad y luego abrirlos y leerlos (197.1) capta u observa un mensaje ya abierto que está en pantalla con el fin o ánimo de vulnerar la intimidad o descubrir los secretos de una persona, dicha conducta será incardinada en el apartado tercero del artículo 197.Evidentemente si luego lo difunde o revela...se aplicará el apartado 4 y si afecta a datos tales como la ideología, religión... el apartado 6
- ❑ Algunas de estas conductas suele realizarse por los conocidos como HACKER BLANDOS, es decir aquellas personas con amplios conocimientos informáticos que lo que quieren muchas veces es el mero deseo de curiosidad o la demostración de su pericia informática; antes de la reforma del Código Penal de 2010 se discutía si dicha conducta era incardinable en el artículo 197; ahora la misma va a ser sancionado por el 197.3.

- ❑ Otra de las conductas, últimamente muy de moda a través de la RED o de INTERNET, y en la que a veces están envueltos o se ven afectados menores de edad, y que entronca con los delitos de pornografía infantil analizados anteriormente, es lo que se conoce como **GROOMING**; en este caso una persona mayor de edad (en muchos casos también menores) se introducen en una RED SOCIAL (Facebook ...) y contactan en la mayor parte de los casos con menores al objeto de intercambiarse fotos entre sí (a veces a través de una WebCam y esta persona engaña a la otra para que se desnude delante de la cámara; si hace esto **se le sancionaría por el 189.4**)). Una vez que tiene la fotografía del menor (a veces con poco ropa) o la grabación le manda un mensaje amenazándola con difundirla (**delito amenazas**) o chantajeándola si no accede a sus peticiones (que le mande fotos desnudas suyas o que concierte una cita privada con él;). En muchos casos dicho menor ha accedido a quedar en privado con esta persona siendo agredida sexualmente o abusando de ella.
- ❑ La conducta expuesta anteriormente ha sido recogida en el Código Penal con la última reforma operada, en el artículo 183 bis (**ChildGroomig**) el cual señala lo siguiente:
 - ❑ *“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 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”*
 - ❑ En el caso anteriormente referenciado dicha persona cometería dicho tipo delictivo (si se trata de menores de 13 años) y si además posteriormente comete una agresión sexual o abuso sexual... estos hechos delictivos entrarían en concurso (se le castigaría por los dos delitos); si se trata de personas con 13 o más años no se cometería el tipo delictivo del 183 bis, si bien se podrían cometer delitos de amenazas contra estos u otros tipos si luego se llega a agredir sexualmente a este menor.

Para finalizar dicho análisis haremos referencia a un punto problemático planteado respecto a la posibilidad del **CONSENTIMIENTO DEL MENOR** y su posible **validez para que se le realicen grabaciones**.

Habría que preguntarse si el mismo es válido y no se cometería un delito contra la intimidad del mismo o por el contrario al ser menor de edad siempre se va a considerar viciado y por tanto se cometería un ilícito penal.

Respecto al **consentimiento de mayores (Grabaciones consentidas de videos de carácter sexual que luego son difundidas sin consentimiento de alguna de las partes)**, se han pronunciado algunos Tribunales (ST AP de LLeida de 2004). En este caso el Tribunal entendió y apreció que la difusión del vídeo no podía considerarse delictiva (y castigarse por el artículo 197.4) a pesar de la ausencia de consentimiento, puesto que su obtención había sido lícita y por tanto cuando no hay una previa captación ilícita de las imágenes, no puede ser delictiva su posterior difusión, ya que el artículo 197.4 CP exige que la revelación ha de referirse a datos ilícitamente obtenidos en el sentido del artículo 197.1(intromisiones ilegítimas; no sería responsable penalmente por este tipo si bien podría ser de aplicación la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo sobre la Protección Civil del Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen).

Este supuesto podría ser similar a aquellos casos en que una persona **difunde un vídeo sexual de una menor de edad sin su consentimiento pero previamente grabado en un parque con el consentimiento de la menor** sobre otro, cuando esa grabación ha sido consentida por el sujeto afectado. **¿Se cometería un delito contra la intimidad del menor?**

La respuesta ha de ser **negativa** partiendo precisamente de lo dicho con respecto al caso anterior: dado que la obtención de la grabación no ha sido ilícita, sino que ha contado con el consentimiento del afectado y su posterior difusión no constituye delito contra la intimidad.(entiéndase del artículo 197 en relación al 197.4 sino respecto a la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo sobre la Protección Civil del Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen).

Si bien es cierto que este caso tiene una particularidad, ya que la persona afectada y que consiente la filmación, es menor de edad.

Por tanto la siguiente pregunta que cabe plantearse es **¿hasta qué punto se considera válido el consentimiento de los menores de edad?**

Podemos acudir en primer lugar a **la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor**. Así en su art. 4 se reconoce el derecho a la intimidad del menor y se establece lo siguiente: *“se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”*.

De esta disposición legal se deduce que la **eficacia del consentimiento de un menor de edad se ve limitada en relación con las utilizaciones de la imagen de los menores en medios de comunicación que puedan afectar a su reputación o a sus intereses**.

No obstante, **esta norma no nos sirve** para el caso señalado, puesto que se refiere a la **ineficacia del consentimiento en relación con la difusión de la imagen en los medios de comunicación, no con respecto a la simple grabación de la imagen**.

Por lo tanto, el **consentimiento del menor no sirve para autorizar la difusión de su imagen en los medios**, pero **nada se dice sobre su eficacia simplemente para permitir la filmación**.

Cabría la posibilidad, entonces, de acudir a la regulación que el propio Código penal contiene sobre la eficacia del consentimiento, que está prevista en relación con los delitos de lesiones.

El artículo 155 CP se manifiesta claramente: **“no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o por un incapaz”**.

No obstante, en relación **con otras figuras delictivas** en las que también puede resultar relevante el consentimiento **se ha adoptado otra posición**, en el sentido de llegar a admitir la capacidad de los menores de edad de prestar un consentimiento válido.

Así ocurre con el consentimiento del menor válido para mantener relaciones sexuales a partir de 13 años siempre y cuando no este viciado o exista engaño, violencia... o supuestos de consentimiento de menores de edad para suicidarse, caso de la EUTANASIA (143.4 “ El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa sería e inequívoca de éste en el caso de que la VÍCTIMA SUFRIERA UNA ENFERMEDAD GRAVE QUE CONDUCIRÍA NECESARIAMENTE A SU MUERTE O PRODUJERA GRAVES PADECIMIENTOS PERMANENTES Y DIFÍCILES DE SOPORTAR..).

Sería admisible afirmar que un menor puede consentir válidamente en causarse su muerte, **si tiene la madurez suficiente** para conocer la trascendencia de esa decisión en relación con el bien jurídico afectado, que es su propia vida.

Esta capacidad natural del juicio, **puede extrapolarse al consentimiento de la grabación de imágenes** una vez examinado en cada caso si el menor de edad tiene la madurez suficiente como para comprender el significado y trascendencia de las mismas.

Como **CONCLUSIÓN** podemos señalar lo siguiente:

- a) SIEMPRE QUE SE CONSTATE QUE LA **OBTENCIÓN DE LAS IMÁGENES FUE CONSENTIDA** (por un menor, si este tiene madurez suficiente) SU POSTERIOR DIFUSIÓN NO INTEGRARÁ UN DELITO CONTRA LA INTIMIDAD (197.4); en este caso sería sancionable la DIFUSIÓN POR LA Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo sobre la Protección Civil del Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen o la de Protección Jurídica del Menor 1/96 de 15 de Enero.
- b) Si se determina que el **menor no ha alcanzado el nivel de comprensión suficiente para consentir válidamente** (imaginemos menores de 13 años o con más edad que sufran alguna enfermedad o discapacidad) el autor si **COMETERÁ UN DELITO CONTRA LA INTIMIDAD DEL ARTÍCULO 197.1 Y SI LUEGO LO DIFUNDE DEL APARTADO 197.4 Y AL TRATARSE DE UN MENOR SE LE APLICARÁ TAMBIEN EL APARTADO 6.**

A pesar de lo expuesto los tribunales no siguen en estos casos unos criterios uniformes no existiendo por tanto una Jurisprudencia en este caso muy asentada y lo que se analiza es caso por caso con el objetivo de determinar si se incurre en un ilícito penal o tan solo cabría una protección civil de dicha intimidad.

Así, cabe citar como ejemplo el caso de la **SAP Almería 242/2005**, que castiga como autor de un delito contra la intimidad a un sujeto que tenía en su poder unas fotos que una compañera de trabajo le había dado para que las revelase, y después del revelado difundió algunas de las fotos (en ropa interior) por correo electrónico. Si examinamos este caso, lo cierto es que nos encontramos con una situación semejante al del vídeo sexual consentido: si bien la difusión no es querida por la persona afectada, el acceso a las fotografías no ha sido realmente ilícito, ya que habían sido cedidas voluntariamente por su dueña.

Para finalizar vamos a realizar una breve referencia a las **GRABACIONES SIN CONSENTIMIENTO REALIZADAS A LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES**.

Así señalan los artículos 7 y 8 de la L.O. 1/82 lo siguiente:

Artículo 7: Constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos salvo lo establecido en el artículo 8.

Y el artículo 8 establece las siguientes autorizaciones:

1. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.*
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.*
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.*

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato, como en este caso pueden ser los funcionarios de Policía.

TRES SUPUESTOS:

A) FOTOGRAFÍAS CAPTADAS POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN

En este caso el **derecho a la intimidad y la propia imagen del policía cede ante el derecho de información** pero siempre que sea captada en un lugar público con ocasión de un acto público y en el ejercicio de su cargo y que dicha imagen tenga relación con la información veraz.

La única limitación sería si se pone en peligro la seguridad personal del Policía y que sea necesario su anonimato (Ej.: peligro de que las personas detenidas u otras por detener, imaginemos terroristas, pueden reconocerle y realizar actos de venganza contra él).

B) FOTOGRAFÍAS CAPTADAS POR PARTICULARES DONDE EXISTAN INDICIOS DE QUE PUEDEN SER UTILIZADAS PARA LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS O PONGAN EN PELIGRO LA SEGURIDAD DE LOS POLICÍAS O SUS INSTALACIONES.

En este caso podremos proceder a la **intervención de la Cámara o Móvil** (aplicación de la **L.O. 1/92 en su artículo 19** que señala que se podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales dándoles el destino que legalmente proceda) **y comparecencia dando cuenta al Juzgado y poniendo a disposición la cámara intervenida.**

C) FOTOGRAFÍAS CAPTADAS POR PARTICULARES DONDE NO EXISTAN INDICIOS DE QUE PUEDEN SER UTILIZADAS PARA LA COMISIÓN DE HECHOS DELICTIVOS O PONGAN EN PELIGRO LA SEGURIDAD DE LOS POLICÍAS O SUS INSTALACIONES

En este caso a juicio del agente actuante si considera que no existe justificación para tomar dichas imágenes se le **FILIARÁ DE FORMA COMPLETA** y se le informará de que si las imágenes se utilizan para fines ilícitos o de otro tipo (Ej.: publicar dichas fotos en Internet con ánimo atentatorio o denigrante) **SE PONDRÁ EN CONOCIMIENTO DEL JUZGADO CORRESPONDIENTE.**

Como apreciamos la casuística en este tipo delictivo es variada, sin embargo, como hemos expuesto, muchas veces, determinadas conductas similares que afectan a la Intimidad, Honor e Imagen de las personas van a ser sancionados por otros preceptos tales como la Ley Orgánica 1/82 de 5 de Mayo sobre la Protección Civil del Honor, la Intimidad Personal y la Propia Imagen y la Ley Orgánica 1/96 de 15 de Febrero sobre Protección Jurídica del Menor en virtud del principio de mínima intervención del Derecho Penal castigando o sancionando éste tan sólo las conductas más gravosas.

Entre los delitos **ciberintrusivos** analizados también podríamos encuadrar otros supuestos tales como:

- AMENAZAS Y COACCIONES REALIZADAS A TRAVES DE LA RED** (169-172, EJ: Me conecto a través del ordenador y contacto con otras personas, sobre todo menores, y las amenazo o coacciono para realizar determinadas conductas o como medio para realizar otro tipo delictivo posteriormente, caso de abusos sexuales o agresiones (supuesto del childgrooming del 183 bis) o supuestos realizados también entre menores que contactan a través de las redes sociales o los chat y aprovechan éstos para realizar dichas conductas).
- DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS (Artículos 417 y siguientes) COMETIDOS SÓLO POR**

AUTORIDADES O FUNCIONARIOS respecto a secretos o informaciones conocidas por su cargo y que no deben ser divulgados, muchas veces con el fin de vender o comercializar con éstos y que afectan muchas veces a lo más íntimo de las personas.

- INJURIAS Y CALUMNIAS** (artículos 205 y siguientes) realizadas a través del ordenador ; supuestos tales como los realizados en foros o chat PÚBLICOS (NO EN PRIVADO PUES NO LO VE NADIE Y POR TANTO NO SE VULNERA DELANTE DE NADIE TU FAMA , ESTIMACIÓN O REPUTACIÓN) con el ánimo de vulnerar la fama o vilipendiar a una persona (Ej.: menores o mayores conectados a través de un chat con numerosos participantes y uno de ellos afirma que una de las personas que esta conectada es una “ puta” y un poco “guarrilla” y que se acuesta con todo el mundo que se lo pide no siendo esto cierto sino con ánimo de venganza o resentimiento).

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA:

- Código Penal Comentado (COLEX).
- Código Penal Comentado (ARANZADI).
- Información obtenida de Internet (páginas relativas a noticias y conceptos jurídicos).
- El derecho.com como buscador de Sentencias.

TEMA 7.- DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES

José Antonio Sierra Caro

SUMARIO:

1.- NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL

1.1.- NORMATIVA INTERNACIONAL

1.1.1.- Principales instrumentos internacionales (aparte UE).

1.1.2.- Marco de la Unión Europea.

1.2.- NORMATIVA NACIONAL

1.2.1.- Normativa básica.

1.2.2.- Normativa de prevención de blanqueo de capitales.

1.2.3.- Normativa de prevención y bloqueo de financiación del terrorismo.

1.2.4.- Normativa sobre movimiento de capitales.

2.- CONCEPTOS PENALES

2.1.- DEFINICIONES LEGALES

2.2.- TIPO OBJETIVO: CONCEPTO

2.3.- LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE BLANQUEO

2.4.- OBJETO DEL DELITO DE BLANQUEO

2.5.- EL DELITO PRECEDENTE

2.6.- TIPO SUBJETIVO DOLOSO

2.7.- EL AUTOR DEL DELITO PRECEDENTE COMO AUTOR DEL DELITO DE BLANQUEO

2.8.- CONCURSOS

2.9.- TIPOS AGRAVADOS

2.10.- LA PRUEBA DE INDICIOS EN EL BLANQUEO

2.10.1.- Determinación del origen delictivo de los bienes.

2.10.2.- Conocimiento del origen ilícito de los bienes.

2.11.- ACREDITACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO

2.12.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.- REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA PENAL

3.1.- COMISIÓN DOLOSA

3.2.- COMISIÓN IMPRUDENTE

3.3.- INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE MEDIOS DE PAGO

3.4.- MEDIOS PROBATORIOS

1.- NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL.

1.1.- NORMATIVA INTERNACIONAL

1.1.1.- Principales instrumentos internacionales (aparte de UE)

- Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes. 1988.
- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito. Estrasburgo. 1990
- Convención sobre la delincuencia organizada transnacional (Palermo. 2000)

- Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Junio 2003. 40 + 9 recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo
- Declaración de principios del Comité de reglas y prácticas de control de operaciones bancarias. (Basilea, diciembre 1988)

1.1.2.- Marco de la Unión Europea

- Plan de Acción contra la delincuencia organizada aprobado por el Consejo Europeo de Amsterdam en junio de 1997
- Acuerdo del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999)
- Acción Común de 19-3-98 sobre intercambio, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada (Programa FALCONE)
- Acción Común de 3-12-98 para reforzar la cooperación contra la delincuencia organizada
- Decisión marco de 26-6-2001 sobre blanqueo, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito
- Decisión Marco de 22-6-03 sobre resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas
- Decisión Marco de 24-2-05 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito

■ PREVENCIÓN

- Directiva de 10.6.91, relativa a la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales
- Directiva de 4.12.01, relativa a la prevención de blanqueo respecto de actividades y profesiones no financieras
- Directiva de 26.10.05 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

1.2.- NORMATIVA NACIONAL

1.2.1. Normativa básica.

- Código Penal
 - Título XIII “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”
 - Capítulo “De la receptación y blanqueo de capitales”, arts. 301 a 303
- Ley reguladora del Fondo de Bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, de 29/5/03
- Prevención de blanqueo de capitales
 - Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales
 - Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo
- Reglamento de la Ley

- Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador (BOE 22/01/05)

1.2.2.- Normativa de prevención del blanqueo de capitales.

- Resolución de 10 de septiembre de 2008, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo de 14 de julio de 2008, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por el que se determinan las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención de blanqueo de capitales.
- Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.
- Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
- Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado
- Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador (BOE 22/01/05)
- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales
- Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias
- Instrucción de 10/12/99 de la Dirección de Registros y del Notariado sobre obligaciones de los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en materia de prevención de blanqueo de capitales (BOE 29/12/99)
- Directiva 2001/97/CE (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales
- Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993 sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 06/07/95)
- Directiva del Consejo de 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (91/308/CEE)

1.2.3 - Normativa de prevención y bloqueo de financiación del terrorismo.

- Ley 12/2003 de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de financiación del terrorismo

1.2.4 - Normativa sobre movimiento de capitales.

- Orden EHA 1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales
- Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales
- Circular 6/2001 del Banco de España, de 29 de octubre, sobre Titulares de Establecimientos de Cambio Moneda
- Orden de 16 de noviembre de 2000 de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda y sus agentes
- Resolución de 31 de octubre de 2000, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, por la que se modifica la Resolución de 9 de julio de 1996, de la Dirección General de Política Comercial e Inversiones Exteriores, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4, 5, 7 y 10 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior
- Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito
- Resolución de 9 de julio de 1996, de la Dirección General de Política comercial e Inversiones Exteriores, por la que se dictan normas para la aplicación de los artículos 4º, 5º, 7º y 10º de la Orden del Ministerio de Economía a y Hacienda, de 27 de diciembre de 1991, sobre transacciones económicas con el exterior
- Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los Países o Territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4, de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de Medidas Fiscales Urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991
- Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior
- Orden de 27 de diciembre de 1991 de desarrollo del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre transacciones económicas con el exterior
- Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen jurídico de Control de Cambios

2.- CONCEPTOS PENALES

2.1.-DEFINICIONES LEGALES

- **Art. 301 del Código Penal:** El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona o realice

cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

- **Art. 1.2. de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención y blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo**, prevé que “a los efectos de la presente Ley, se consideran blanqueo de capitales las siguientes actividades:
 - La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
 - La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
 - La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
 - La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución”.

- **Artículo 1.3. de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo**: “A los efectos de la presente ley, se entenderá por financiación del terrorismo, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal. Se considerará que existe financiación del terrorismo aun cuando el suministro o la recogida de fondos a bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro estado”.

2.2.- TIPO OBJETIVO: CONCEPTO

- Procedimiento tendente a desvincular de su origen ilícito o de su relación con un partícipe de la infracción los bienes, fondos o capitales procedentes de un delito.
- Conducta típica extensa. Dificultad de formas de participación distintas a la autoría
- Tres fases (cualquiera de las cuales es punible):
 - Fase de adquisición y ocultación: disposición física del dinero o bienes para ocultarlo.
 - Fase de conversión: realización de actividades financieras destinadas a disimular el rastro del dinero.
 - Fase de transmisión o integración: reintroducción de los fondos, bienes o efectos, ya con apariencia legal, en el sistema financiero legal.

2.3.- LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE BLANQUEO

- Sustantividad propia (STSS 26-6-2001 y 19-12-03).
- Penalidad autónoma sin vinculación con el delito previo.
 - No le es aplicable la cláusula de la menor punición que el delito encubierto, que rige para la receptación, y puede ser castigado con mayor pena, teniendo en cuenta que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos (STS 22-7-2003).
- El tipo penal no exige resolución judicial en relación con el delito antecedente.
 - STS 19-12-03: *el elemento del delito grave de origen no se tiene que aparejar a la existencia de una sentencia firme condenatoria, estableciéndose, por tanto, un criterio de accesoriadad mínima para la aplicación del delito de blanqueo.*

2.4.- OBJETO DEL DELITO DE BLANQUEO

- Es necesario que tenga contenido patrimonial y valoración económica.
- Concepto muy amplio: “Bienes” o ganancias que pueden ser el producto directo o transformaciones del mismo.
- Por bienes hay que entender *“los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten*

la propiedad u otros derechos reales sobre dichos activos” (art. 1 de la Convención de Viena de 1988).

- Basta la mera posesión interina del dinero, sin que se deba acreditar su propiedad (STS 1501/2003, de 19 de diciembre).

2.5.- EL DELITO PRECEDENTE

- Cualquiera: Supresión de referencia a delito grave en el 2003.
 - Son los más frecuentes el tráfico de drogas, robo, robos de vehículos extorsión, delitos relativos a la prostitución, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, tráfico de obras de arte, cohecho, fraude fiscal, falsificación de tarjetas, fraudes cometidos a través de Internet....
 - En todo caso siempre es preciso que el delito fuente produzca efectos de contenido patrimonial.
- No hace falta que el delito fuente haya sido objeto de previa condena o que sea objeto de un procedimiento independiente. STS 29-1-01.
- No es exigible una completa concreción del delito precedente.
 - Sin embargo, la absoluta indeterminación del delito de procedencia: absolución.

2.6.- TIPO SUBJETIVO DOLOSO

- Conocimiento de la existencia del delito precedente /carácter ilícito del objeto.
 - No es suficiente la mera sospecha: STS 1113/2004, de 9 de octubre.
 - Tampoco se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo.
- Inexigibilidad de ánimo de lucro
- El sujeto ha de actuar con una de las siguientes finalidades:
 - favorecimiento real: “con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito de tales bienes”.
 - favorecimiento personal: “con el fin de ayudar a eludir las consecuencias legales de sus actos a los partícipes en los delitos”.

2.7.- EL AUTOR DEL DELITO PRECEDENTE COMO AUTOR DEL DELITO DE BLANQUEO

- Posicionamiento del TS:

- Se admite la compatibilidad siempre que el blanqueo es anterior al delito enjuiciado.
- Si es posterior se admite siempre que no exista completa identidad entre los fondos procedentes del delito base y los que son objeto de la conducta de blanqueo que se pretende castigar de forma autónoma
- No se admite cuando la totalidad de los fondos del delito precedente son incautados.

2.8.- CONCURSOS

- **Con el delito de receptación general.**

- Si hay transformación, blanqueo (STS 1501/2003, de 19 de diciembre).
- En otro caso el tipo del art. 298 contiene tres elementos especiales: ánimo de lucro, no participación en el delito precedente y delito precedente contra el patrimonio o el orden socioeconómico.
 - Si se dan opera principio de especialidad (Art. 8.1º) a favor del 301.

- **Con el delito de encubrimiento.**

- Art. 451. *El que con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*
 - 1º. *Auxiliando a los autores o cómplices par que se beneficien del provecho, producto o precio del delito sin ánimo de lucro propio.*
- Diferencia con receptación: ánimo de lucro/ánimo de auxilio o ayuda.
- Diferencia con blanqueo: principio de alternatividad. Art. 8.4º. Mayor gravedad.

- **Con el delito fiscal.**

- Requisitos para el concurso de normas en que el delito contra la Hacienda Pública queda absorbido:
 - Que los ingresos que genera el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior.

- Que el delito inicial sea objeto de condena.
- Que la condena por el delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsable civil.

2.9.- TIPOS AGRAVADOS

- El narcotráfico como origen de los bienes.
- Cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX, y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.
- Pertenencia a una organización dedicada a estos fines.
- Responsabilidad en la organización: jefes, administradores o encargados.
- Responsabilidad de la persona jurídica (art. 31. bis): multa y otras penas recogidas en la letras B9 a G) del apartado 7 del art. 33.
- Condición personal en el sujeto activo:
 - Empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario, docente, trabajador social en el ejercicio de su cargo: inhabilitación especial.
 - Autoridad o sus agentes: inhabilitación absoluta

2.10.- LA PRUEBA DE INDICIOS EN EL BLANQUEO

- Norma: inexistencia de prueba directa.
- Aplicación de la prueba de indicios, circunstancial o indirecta.
Requisitos:
 - Materiales:
 - Existencia de hechos base o indicios.
 - Plenamente acreditados.
 - Plurales/excepcionalmente único de singular relevancia.
 - Coetáneos
 - Interrelacionados.
 - Razonamiento deductivo
 - Razonable, no infundado.
 - Reglas de la lógica y la experiencia.
 - Consecuencia natural de la existencia de los indicios.
 - Formales:
 - Que la Sentencia recoja todos los indicios acreditados y que van a servir de base para la inferencia.
 - Que la Sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual se ha llegado a la conclusión.
- Particularidades de la prueba de indicios en el delito de blanqueo: (SSTS 2.3.06 y 6.4.06).

- Dificultad extrema de la prueba directa dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas, así como el lavado del dinero procedente de aquéllas (STS 13-01-06).
- Especialmente idónea en las actividades delictivas realizadas en el seno de la criminalidad organizada.
- Dos datos a demostrar:
 - 1.- Determinación del origen ilícito delictivo de los bienes que son objeto de la infracción
 - 2.- Conocimiento del origen ilícito de los mismos.

2.10. 1.- Determinación del origen delictivo de los bienes:

- Prueba del delito fuente o antecedente: en el mismo procedimiento que el incoado por el delito de lavado.
- Identificación del delito fuente:
 - Inexigibilidad de concreción del hecho.
 - Inexigibilidad de existencia de procedimiento judicial independiente.
 - Inexigibilidad de sentencia condenatoria anterior.
- Conexión con el delito fuente:
 - No excesiva proximidad con la conducta.
 - Posibilidad de forma de participación en el mismo.
- Situaciones demostrativas del origen delictual:
 - Vinculación con investigaciones sobre actividades delictivas
 - Aprehensiones de droga u otros efectos (precursores, elementos de fabricación.
 - Sujeción a procedimientos judiciales por actividades delictivas.
 - Contenido de la investigación (seguimientos, vigilancias...).
 - Documentación intervenida y relacionada con esas actividades criminales.
 - Ausencia de negocios lícitos que justifiquen las operaciones.

2.10.2.- Conocimiento del origen ilícito de los bienes.

- Actividad procesal de los inculcados:
 - Exigencia de aportación de información sobre el origen de los fondos ante una imputación administrativa o penal:
 - No inversión de la carga de la prueba.
 - No vulneración del derecho a no declararse culpable.
 - Exigencia de la transparencia del sistema financiero.
 - El silencio de los acusados.
 - Heteroimputaciones: declaraciones inculpativas de coimputados.
 - Retracciones.
 - Introducción de datos falsos (STS 25-04-04, Pazo Bayón).

2.11.- ACREDITACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO:

- Dolo directo:

- No basta sospecha: estado anímico de certeza.
- Basta el conocimiento de que los bienes tienen procedencia antijurídico/delito origen en tráfico de drogas: mínimo presupuesto indiciario que apunte a esa actividad delictiva concreta.
- No preciso conocimiento del hecho antecedente (detalles y pormenores).
- “Conciencia de la anormalidad de la operación y razonable inferencia de que proviene de un delito”.
- Dolo eventual:
 - Consideración seria y aceptación de que la procedencia de los bienes estuviera vinculada a operaciones ilícitas.
 - Posibilidad de representarse la procedencia ilícita.
 - Teoría de “la ignorancia deliberada”.
- Imprudencia grave (art. 301.3 C.P).

- **Demostración de ese conocimiento:**

- Utilización de identidades supuestas.
- Inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero.
- Utilización de testaferros sin disponibilidad económica real.
- Vinculación con sociedades ficticias carentes de actividad alguna
- Paraísos fiscales.
- Alteraciones documentales.
- Fraccionamiento de las operaciones bancarias para disimular su cuantía.
- Disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido.
- Simulación de operaciones que no obedecen a la realidad.
- Percepción de elevadas comisiones por los intermediarios.
- Operaciones o negocios simulados.
- Transportes clandestinos.
- Beneficiarios desconocidos.
- Otras actividades irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil.

2.12.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- Incremento inusual del patrimonio, manejo de cantidades de dinero o realización de operaciones financieras anómalas que pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias
 - Elevada cuantía.
 - Dinámica de transmisiones.
 - Efectivo.
 - Paraísos fiscales.
 - Testaferros, etc.

- Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
- Constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o personas o grupos relacionados con las mismas.
 - Inexigencia de condena previa.
 - Vínculo no demasiado cercano/forma de participación en el delito precedente.

3.- REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA SOBRE BLANQUEO DE CAPITALS

3.1.- COMISIÓN DOLOSA (ART. 301.1 CP)

ÁMBITO DE APLICACIÓN:

- Ingresar el dinero en la cuenta de la esposa para ocultar su procedencia (STS 1842/1999, 28-12) o poner los bienes a su nombre (STS 1368/2004, 15-12), pero no si puede pertenecer al patrimonio de ésta, extranjera que elude controles tributarios (STS 774/2001, 9-5).
- Introducir en el flujo económico ingentes cantidades de dinero de procedencia ilícita mediante conversión en moneda extranjera (STS 1907/2002, 9-11), o mediante ingresos en la cuenta aparentando ser pagos del exterior (STS 2545/2001, 4-01) o el simple hecho de guardar grandes cantidades de dinero en cuentas bancarias conociendo su procedencia ilícita (STS 1293/2005, 21-01).
- El Grupo de Acción Financiera (GAFI) señala como procedimientos irregulares más utilizados para ocultar la procedencia del dinero:
 - La transferencia instantánea de grandes sumas ingresadas segundos o minutos antes.
 - El smurfing: abrir numerosos depósitos de pequeñas cantidades situadas por debajo de la obligación de declarar para después traspasarlas al extranjero.
 - El uso de identidades falsas, testaferros y sociedades pantalla.
 - La introducción de personas de confianza en pequeñas entidades financieras o en sus delegaciones.

3.2.- COMISIÓN IMPRUDENTE (ART. 301.3 CP)

- **ÁMBITO DE APLICACIÓN:** Hay imprudencia grave en los supuestos de:
 - Intermediación en operaciones de conversión en dólares sabiendo que el dinero no era limpio (STS 1907/2002, 9-11) o sospechando de la procedencia ilícita del dinero, tanto por la comisión que cobraba como por llevarlos a cabo utilizando una identidad falsa (STS 358/2004, 16-03).
 - En numerosas operaciones de cambio de divisas, por importes millonarios, usando en ocasiones documentos de identidad manipulados (STS 1746/2003, 23-12).

- En la admisión, por un agente de viajes, de grandes cantidades de dinero de un extranjero sabiendo que su procedencia era irregular (AN, 2ª, 32/2000, 24-07).

- **Comisión por imprudencia grave.** La exigencia del especial deber de cuidado : Doctrina STS 924/2005, de 17 de junio.

El deber de especial diligencia o cuidado para detectar los signos que pudieran llevar a la sospecha de la procedencia ilícita del dinero, está previsto para ser exigidos a aquellos que tienen especiales cualificaciones funcionariales o profesionales. No se puede extender, y es de difícil configuración, para los particulares.

Estas obligaciones vienen establecidas en la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Por ejemplo el incumplimiento de deberes como la identificación de los clientes, la falta de comunicación de las operaciones “sospechosas” al Servicio Ejecutivo y abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación, sí pueden resultar determinantes, bien individualmente, bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente.

3.3.- INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE MEDIOS DE PAGO. Circular 2/2009 de la DAO.

En concreto La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, viene a especificar dentro del apartado “Control e intervención de los medios de pago”, en su artículo 35, que: “Los medios de pago intervenidos se ingresarán en la misma moneda o divisa intervenida en las cuentas abiertas a nombre de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias... El acta de intervención de la que se dará traslado inmediato al Servicio Ejecutivo de la Comisión y a la Secretaria para la incoación, en su caso, del correspondiente procedimiento sancionador, deberá indicarse si los medios de pago intervenidos fueron hallados en lugar o situación que mostrase una clara intención de ocultarlos...”.

La Orden EHA/1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago, en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, obliga a la cumplimentación del modelo de declaración S-1, a cualquier persona física o jurídica de naturaleza privada, que actuando por cuenta propia o de tercero realice:

- a) Salida o entrada en territorio nacional de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador denominados en moneda nacional o en cualquier moneda o cualquier medio físico, incluidos los electrónicos, concebido para ser utilizado como medio de pago por importe igual o superior a 10.000 Euros por persona y viaje. No será de aplicación a los cheques nominativos.
- b) Movimientos por territorio nacional de los mismos medios de pago descritos anteriormente por importe igual o superior a 100.000 Euros.

Se entenderá por movimiento cualquier cambio de lugar o posición que se verifique en el exterior del domicilio del tenedor de los medios de pago.

El modelo de declaración S-1 podrá obtenerse en las dependencias provinciales de Aduanas e Impuestos Especiales o en las Administraciones de Aduanas de la A.E.A.T. y en las Delegaciones de Economía y Hacienda y disponible por Internet en las páginas web del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, de la Agencia Estatal Tributaria y de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

La omisión de esta declaración determinará la intervención por los Servicios de Aduanas o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la totalidad de los medios de pago, aunque la Autoridad actuante, atendidas las circunstancias del caso, podrá acordar la no intervención de un máximo de 1.000 euros por persona y viaje en concepto de mínimo de supervivencia.

3.4.- MEDIOS PROBATORIOS

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 738/2006 (Sala de lo Penal), de 4 julio. Validez de la prueba indiciaria para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Hechos concluyentes que deben de quedar acreditados con esta prueba.**

En la sentencia analizada se confirma la condena del acusado como autor de un delito de blanqueo de capitales procedentes de actividades de narcotráfico al ser el mismo titular de una embarcación de gran valor y potencia, careciendo de título para su pilotaje, y sin que el mismo tenga ingresos económicos lícitos que pudieran permitir la adquisición y mantenimiento de la misma, procediendo el dinero utilizado para su adquisición de los beneficios obtenidos por una persona cuya filiación no consta a través del tráfico de hachís desde las costas marroquíes a las españolas.

Se establece que **para acreditar este tipo de delitos la prueba directa será prácticamente de imposible existencia** dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con la que actúan las redes clandestinas de distribución de drogas y lavado del dinero procedente de dicha actividad **por lo que habrá que acudir a la prueba indiciaria que será válida para desvirtuar la presunción de inocencia siempre que resulten acreditados determinados hechos concluyentes** entre los que se encuentran: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación, b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas, c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el periodo de tiempo al que se refiera dicha vinculación y d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial, hechos todos ellos que resultaron acreditados en el caso enjuiciado en esta sentencia.

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 516/2006 (Sala de lo Penal), de 12 mayo. Inexistencia de extralimitación competencial en la actuación del Servicio de Vigilancia Aduanera: son policía judicial en sentido genérico en el ámbito de la represión del contrabando.**

En la sentencia analizada se condena a los acusados como autores de un delito de blanqueo de capitales declarando la validez de la actuación realizada por el Servicio de Vigilancia Aduanera.

Se establece que en la actuación del Servicio de Vigilancia Aduanera no se advirtió ninguna extralimitación competencial, ya que su actividad profesional se limitó a la investigación de datos fiscales y tributarios, con otros relativos a la propiedad de las embarcaciones, completadas por la referencia, según archivos públicos, a actividades delictivas relativas al tráfico de drogas.

Independientemente de la genérica obligación de comunicar al juez o fiscal cualquier dato que denote la comisión de un delito, **el Servicio de Vigilancia Aduanera tiene el carácter de policía judicial, por lo que podría realizar un atestado en el ámbito de su competencia**, habiendo procedido, en el caso enjuiciado, los miembros del servicio, a comunicar al juez en un «informe o atestado» las circunstancias que les permitieron sospechar de la existencia de un delito de blanqueo de capitales, iniciando seguidamente la autoridad judicial las correspondientes diligencias.

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 506/2006 (Sala de lo Penal), de 10 mayo. Concepto de blanqueo. Identificación de los bienes blanqueados.**

En la sentencia analizada se confirma la condena del acusado como autor de un delito de receptación de capitales procedentes de actividades de narcotráfico que resultó acreditado tras haber adquirido tres embarcaciones tipo lanzadera y seis vehículos a motor por un elevado valor económico pese a carecer de ingresos lícitos, con conocimiento, por tanto, de que el dinero utilizado para tales adquisiciones procedía de una organización dirigida a introducir en España por mar importantes cantidades de sustancias estupefacientes.

Se establece que **el blanqueo equivale a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes, bienes que no son los que constituyen el objeto material del delito antecedente grave sino aquéllos que tienen su origen en el mismo, comprendiendo, por ello, el dinero o metálico así obtenido**, es decir, en los delitos de tráfico de drogas no se trata de las sustancias tóxicas sino del dinero o bienes entregados a cambio de aquellas.

Debe de tenerse en cuenta que los **bienes blanqueados no son los adquiridos**, esto es, las embarcaciones y los vehículos, sino el dinero entregado por el autor de un delito contra la salud pública para su adquisición de forma que dicho metálico de procedencia ilícita se convierte merced a la directa intervención del acusado en otros bienes con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero. Por ello, el destino ulterior a que se dediquen esos bienes adquiridos resultará irrelevante y si éste es la comisión de cualquier otro delito, se producirá el correspondiente concurso.

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1597/2005 (Sala de lo Penal), de 21 diciembre. Blanqueo de dinero: se exige el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero.**

En la sentencia analizada, entre otros pronunciamientos, se confirma la condena de varios de los acusados como autores de un delito de blanqueo de capitales cometido por adquirir determinados bienes, en concreto edificaciones, solares y bungalow, con dinero procedente del tráfico de drogas, origen ilícito que conocían por la propia vinculación personal que tenían con quien les proporcionaba el dinero (Alfredo también condenado en esta Sentencia por tráfico de drogas), actuando, en definitiva, como testaferros de él, realizando tales adquisiciones por cuenta y encargo de él, con dinero perteneciente al mismo y con la finalidad de ocultar la verdadera titularidad.

Se establece que **el delito de blanqueo si bien exige el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero**, ello no implica que se exija un conocimiento preciso o exacto del delito previo sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave, es decir, **no se exige un conocimiento exacto de las actividades ilícitas a las que se pudiera dedicar el que proporciona las cantidades, sino que con que se tenga conocimiento de la irregularidad de la operación y de la imposible justificación de la recepción del dinero y de la actividad de intermediario realizada.**

- **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 266/2005 (Sala de lo Penal), de 1 marzo. Delito de blanqueo: no exige la previa condena por el delito de que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan.**

En la sentencia analizada se confirma la condena del acusado como autor de un delito de receptación de capitales procedentes de actividades de narcotráfico cometido por comprar, en el transcurso de tres años, tres embarcaciones y una motocicleta de elevado valor económico pese a carecer de ingresos lícitos suficientes, haciéndolo con conocimiento de que el dinero utilizado para efectuar tales operaciones procedía de una organización que estaba dirigida a introducir por mar sustancias estupefacentes procedentes de Marruecos. Se establece **que para la aplicación del tipo penal previsto en el artículo 301 del CP no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan**, lo que, desde el punto de vista de política criminal resulta lógico porque, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado.

Por tanto, el Tribunal, sin necesidad de la previa declaración de un hecho como delito grave, sí tiene que hacer una interpretación valorativa de este elemento normativo y concluir que los bienes a ocultar proceden de hechos susceptibles de ser calificados como un delito grave de tráfico de drogas.

- **Absolución por blanqueo de dinero al no haberse probado la procedencia delictiva del cambio de moneda a dólares (STS 1133/2006, de 21 de noviembre).**

Siempre ha de probarse una procedencia delictiva concreta de los bienes objeto de blanqueo; esto es, de un delito determinado por el que se hubiera acusado

y que hubiera quedado acreditado. Así mismo debe probarse que el capital a blanquear procede de ese concreto delito. De otro modo, deviene la consiguiente absolución.

- **La prueba de indicios es suficiente para acreditar el delito origen de los bienes, pero tales indicios han de estar plenamente probados (STS 928/2006, de 5 de octubre).**

El delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario (pues el texto del art. 301 CP no lo exige) que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado, ni que el acusado por el delito del art. 301 haya sido el autor del delito. Pero los indicios han de estar plenamente acreditados y no consistir en una cadena de conjeturas.

- **Pertenencia a una organización: autoinculpación como “hombre de paja” (STS 1012/2006, de 19 de octubre).**

La participación activa dentro de la organización como “hombre de paja”, lejos de atenuar la responsabilidad penal del acusado, la hace todavía más destacada en esta modalidad delictiva.

- **Blanqueo de capitales y tráfico de drogas. Concurso real entre ambos delitos (SSTS 1260/2006, de 1 de diciembre y 1597/2005, de 21 de diciembre).**

En el Derecho Penal, se conoce como concurso real de delitos el supuesto en el que el sujeto activo realiza una pluralidad de acciones distintas que lesionan bienes jurídicos diversos, dando así lugar a la existencia de varios delitos independientes entre sí, que pueden ser objeto de un solo procedimiento penal.

BIBLIOGRAFÍA

- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho Penal, parte especial, Dykinson, 15ª edición, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, parte especial, Tirant lo blanch, 18ª edición, Valencia, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Aranzadi, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo blanch, reformas, Valencia, 2010.
- -SIAPOL. ARANZADI-THOMPSON.
- -LXXI Curso de Policía Judicial, CEJ, 2008, impartido en CAE a alumnos del XVI curso de Subinspectores.
- -V Curso de Delincuencia Económica y Fiscal, CAE, 2007. Ponencia, 26 de noviembre de 2007, El delito de blanqueo de capitales: Normativa nacional e internacional del blanqueo de capitales, Dª Inmaculada Ávila Serrano, Fiscal de la Fiscalía Especial Antidroga.

Tema 8.- DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS
José Antonio Sierra Caro

SUMARIO:

- 1.- LEGISLACIÓN**
- 2.- ESQUEMA DE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS**
- 3.- JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE TRÁFICO DE DROGAS**
 - 3.1.- CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DELIMITAR EL ÁMBITO DE LO PUNIBLE EN LA POSESIÓN DE DROGAS**
 - 3.2.- PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS**
 - 3.3.- SUPUESTOS DE ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS**
 - 3.4.- GRADO DE EJECUCIÓN**
 - 3.5.- SUBTIPOS AGRAVADOS DE PRIMER GRADO (ART. 369 CP)**
 - 3.6.- SUBTIPOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL (AGRAVANTES DE SEGUNDO GRADO)**
 - 3.7.- ASPECTOS PROCESALES Y MEDIOS PROBATORIOS**
- 4.- REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA**
- 5.- SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS**

1.- LEGISLACIÓN

- 1.-Constitución Española.
Constitución, de 27 diciembre 1978
 - Art. 17. [Derecho a la libertad y seguridad]
- 2.-Ley de Represión del Contrabando.
Ley Orgánica 12/1995, de 12 diciembre
 - Art. 2. Tipificación del delito
- 3.-Código Penal.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, modificado por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.
 - Art. 368. [Cultivo, elaboración o tráfico de drogas]
 - Art. 369. [Circunstancias agravantes]
 - Art. 370. [Agravante y medidas de seguridad]
 - Art. 408. [Omisión del deber de perseguir delitos]
 - Art. 537. [Violación de la garantía de asistencia letrada]
- 4.-Ley de Protección a Testigos y Peritos.
Ley Orgánica 19/1994, de 23 diciembre
 - Art. 1. [Ámbito de aplicación]
- 5.-Ley de Seguridad Ciudadana.
Ley Orgánica 1/1992, de 21 febrero
 - Art. 19. [Restringir el tránsito en vías públicas]
 - Art. 23. [Supuestos]

- Art. 24. [Gradaciones]
- Art. 25. [Graves]

- 6.-Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Real Decreto, de 14 septiembre 1882
 - Art. 284. [Participación a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de los hechos presuntamente delictivos]
 - Art. 295. [Puesta en conocimiento de la Autoridad judicial o Ministerio Fiscal de las diligencias practicadas por la Policía Judicial. Plazo. Sanción de su incumplimiento]
 - Art. 410. [Deber de testificar]
 - Art. 416. [Personas dispensadas del deber de testificar]
 - Art. 420. [Incumplimiento del deber de testificar. Sanción]
 - Art. 492. [Obligación de detener]
 - Art. 520. [Derechos del detenido]
 - Art. 757. [Ámbito del procedimiento abreviado]
 - Art. 767. [Derecho de asistencia letrada. Designación de abogado]
 - Art. 770. [Primeras diligencias a realizar por la Policía Judicial]
 - Art. 795. [Ámbito de aplicación del procedimiento]

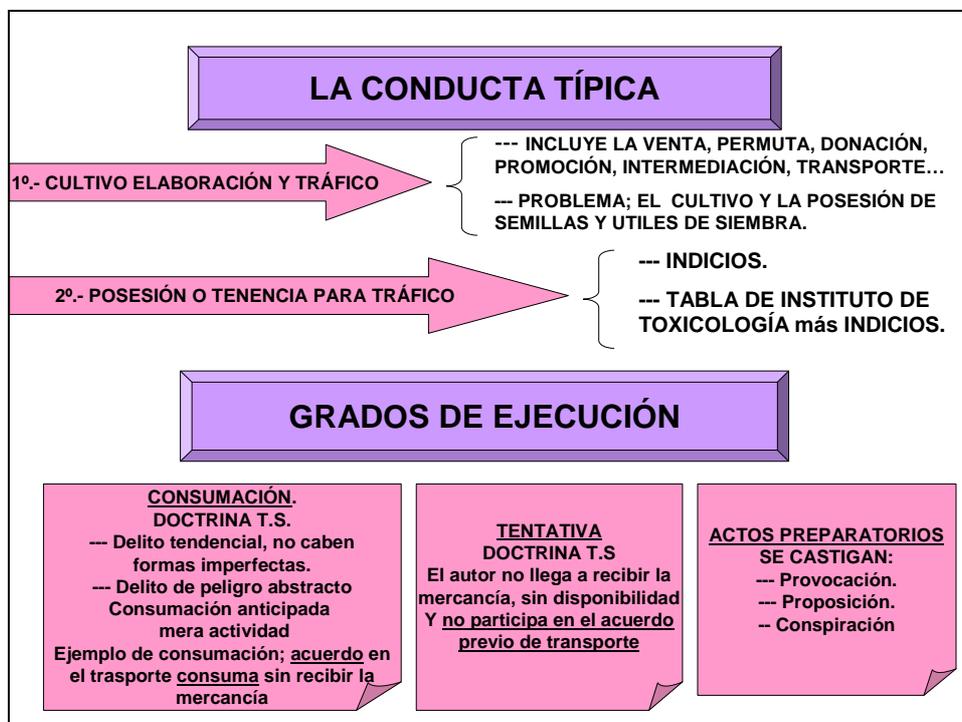
- 7.-Incluye la sustancia oripavina en la Lista I anexa a la Convención Única de 1961, sobre Estupefacientes (RCL 1981\2643 y ApNDL 5040)
Orden SCO/1870/2008, de 17 junio

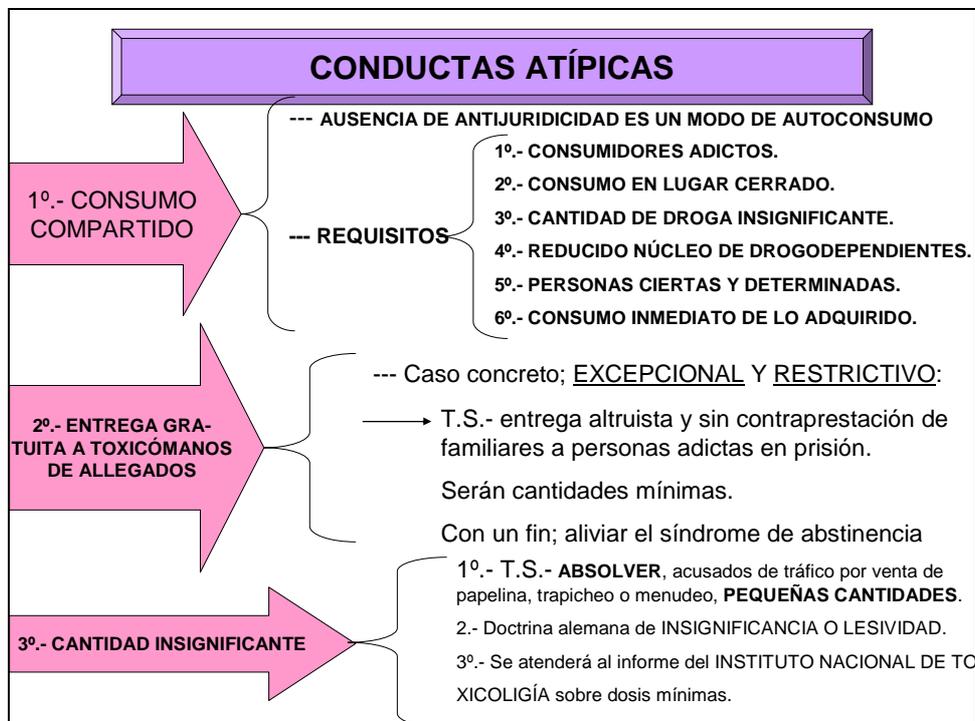
- 8.-Aprueba la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016
Resolución, de 2 febrero 2009
 - Rúbrica 5/AX/AC. Ámbitos de actuación

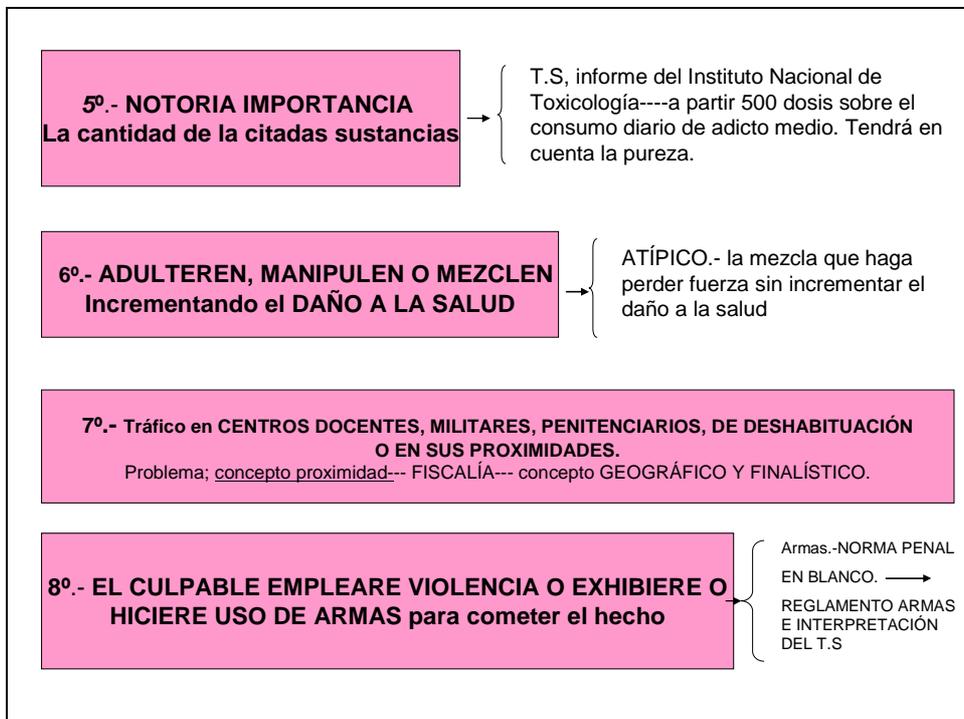
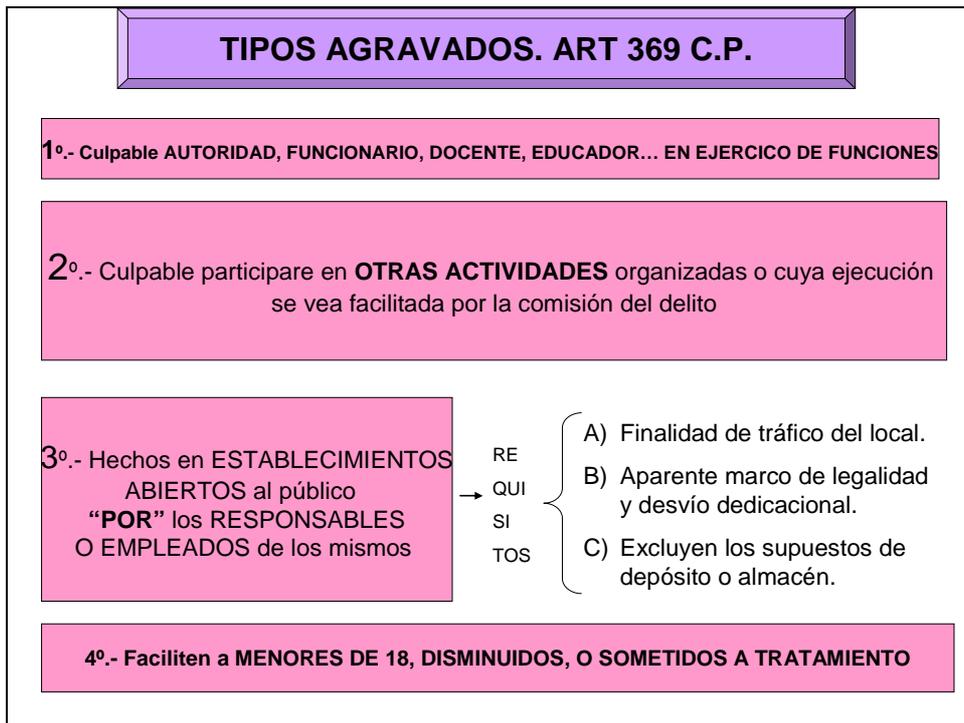
- 9.-Convención Única de Estupefacientes.
Texto, de 8 agosto 1975

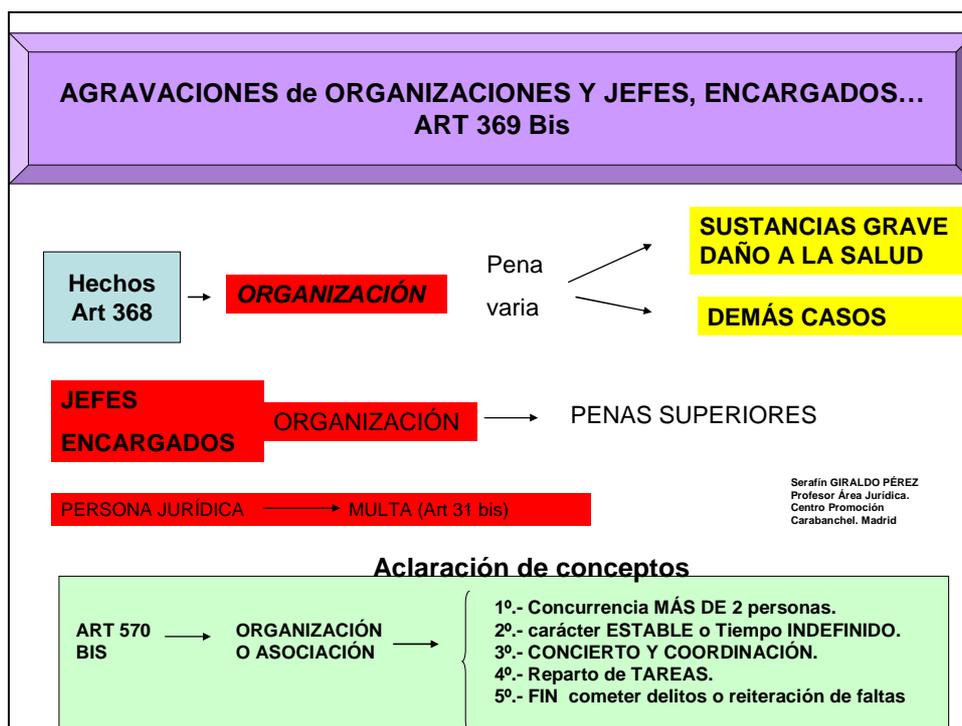
- 10.-Convenio de Uso de Sustancias Psicotrópicas.
Convenio de 21 febrero 1971, ratificado por Instrumento de 2 febrero 1973
 - AX. Sustancias enumeradas en las listas*

2.- ESQUEMA DE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS









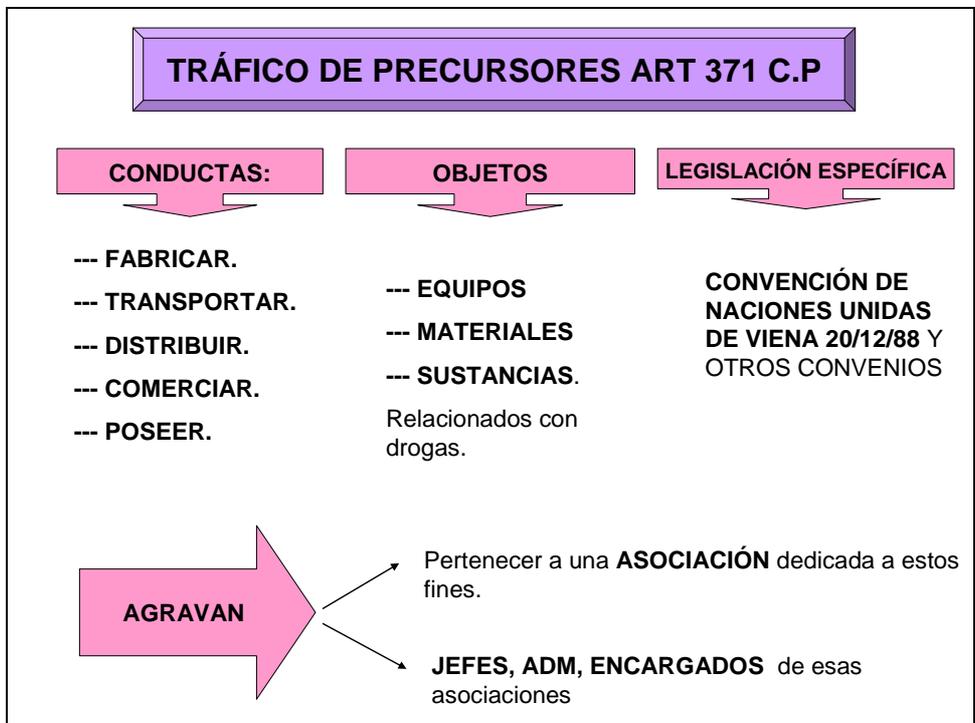
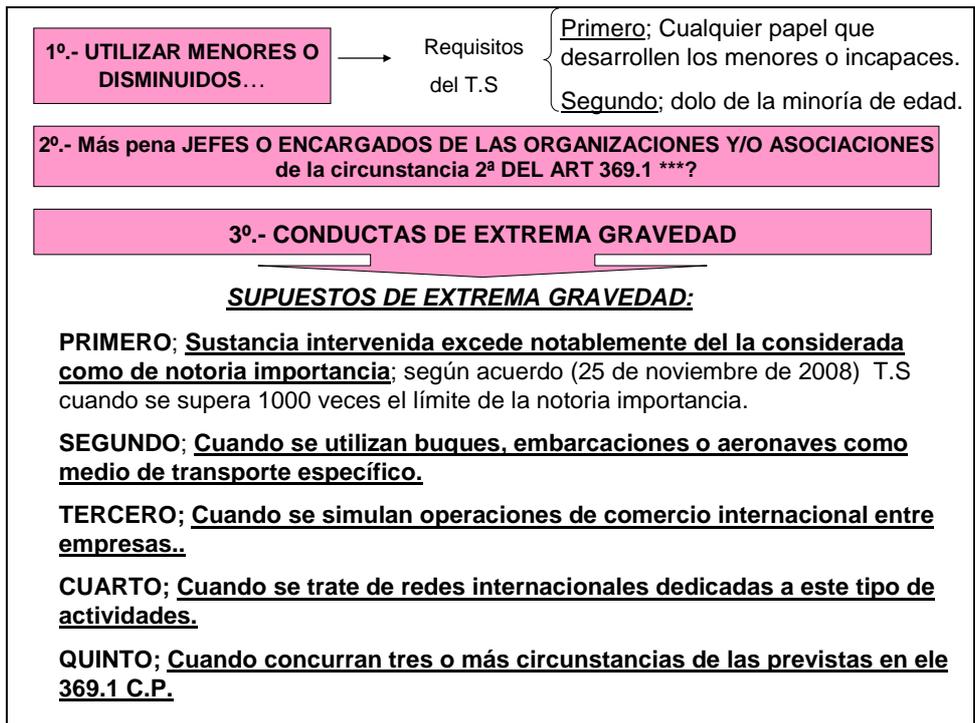
**ESPECIALES AGRAVACIONES ART 370.
AGRAVANTES DE SEGUNDO GRADO.
“SUPERAGRAVACIONES”.**

3 SUPUESTOS:

PRIMERO ; UTILIZAR A MENORES O DISMINUIDOS PARA COMETER DELITO.

SEGUNDO ; JEFES, ADMINISTRADORES... DE LAS ORGANIZACIONES de la circunstancia 2ª del art 369.1.*?**

TERCERO ; ESPECIAL GRAVEDAD DE LOS HECHOS O CONDUCTAS.



3.- JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

3.1.- CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA DELIMITAR EL ÁMBITO DE LO PUNIBLE EN LA POSESIÓN DE DROGAS.

¿Cuáles son los indicios que revelan el destino que se pretendía dar a la sustancia estupefaciente? ¿Cuál es la línea divisoria entre la posesión de drogas orientada al autoconsumo, constitutiva a lo sumo de una infracción administrativa y aquella cuya finalidad es el tráfico –castigado conforme al art. 368 C.P.?

a) Circunstancias relativas a la droga ocupada: su cantidad, variedad y presentación:

1.- *Cantidad*: La jurisprudencia, cuando no existan otros actos indicativos del tráfico, ha atendido a la tabla del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Esta tabla establece las dosis medias de consumo de las sustancias; por ejemplo, el consumo diario de la heroína se estima en 600 mg. (2-4 papelinas)., 5 grs. para el hachís, 1,5 grs. (6 dosis máximo) para la cocaína y 480 mg. (6 dosis máximo) para MDA, MDMA y MDEA. Así, el T.S. señala que un consumidor se suele proveer de sustancia para unos 5 días, por lo que la posesión que exceda de dicha cantidad se presume que está destinada al tráfico ilícito.

La cantidad de droga que se ajusta a ese requisito varía dependiendo de cuatro factores:

- El grado de habituación, asimilación y tolerancia del toxicómano.
- Lugar de adquisición de droga para aprovisionamiento
- Medios económicos del poseedor de la droga
- Tipo de droga consumida

2.- *Ocupación conjunta de varios tipos de sustancias*: La adquisición conjunta de varias drogas no excluye el consumo si su uso conjunto es compatible (por ejemplo: cocaína y heroína -STS 8-2-93-, hachís y heroína -STS 11-03-91-)

3.- *Presentación de la droga*: En la venta al menudeo, el traficante suele llevar la droga distribuida en pequeñas dosis con el fin de que la operación de compraventa pueda realizarse con la mayor celeridad posible, y en base a este dato la tenencia ha sido considerada como un indicio para el tráfico -STS 19-12-95-

b) Circunstancias relativas al poseedor:

1.- *La condición de drogodependiente, politoxicómano o consumidor habitual aboga por el consumo y la de no consumidor por el tráfico de drogas*. Con las excepciones del traficante-consumidor en un extremo y la del consumidor esporádico en el otro.

2.- *Situación económica del poseedor*. La existencia de notables ingresos injustificados revela la actividad del tráfico.

3.- *Ocultación de droga a las Autoridades*: también sirve para revelar las intenciones del tráfico del sujeto.

4.- *Utilización de una falsa identidad*: curiosamente, el Tribunal Supremo lo ha considerado como un indicio secundario o de segundo grado como revelador de la voluntad de traficar con la droga incautada.

5.- *Indicadores que sirven para iniciar una investigación o intervención policial en orden a comprobar los actos de tráfico*:

- La nacionalidad marroquí, alto nivel de vida y antecedentes policiales por delito de tráfico contra la salud pública de quien se demuestra posteriormente que realiza importaciones clandestinas de hachís.
- La observación por parte de agentes policiales de un intercambio de una sustancia entre dos personas que obliga a la intervención y comprobación de que se trataba de estupefaciente.
- La denuncia por parte de los vecinos de que un determinado inmueble es visitado con frecuencia por drogodependientes, dato corroborado por un servicio de vigilancia montado por funcionarios policiales, que testifican el dato de la concurrencia a esa vivienda de numerosas personas que se acercaban a la reja e introducían la mano por ella, detuvo a varios de ellos y en varias ocasiones encontró droga en su poder pues venían de comprarla.

6.- *Falta de credibilidad o contradicciones en las manifestaciones del acusado*: que son consideradas como indicio de su voluntad de tráfico. Por ejemplo, afirmar que el acopio de veinte comprimidos de éxtasis tenía como objetivo su consumo en las próximas fiestas de Semana Santa, cuando la aprehensión se produce un mes después de que la Semana Santa haya terminado o mantener que creía que los 9 “tripis” de LSD eran nueve estrellitas de cartón para pegarlas en la bicicleta. Por tanto el infructuoso intento del inculpado de justificar la tenencia de droga, se convierte en un indicio contra él, esto es, en lo que se ha dado en llamar un “contraindicio” (STS 15-03-95).

c) Circunstancias relativas a la ocupación:

1.- *Tenencia de instrumentos o material bien para la elaboración o distribución de la droga, o bien por el contrario para su consumo*. Los instrumentos o materiales ocupados junto a la droga, por ejemplo tras un registro en el domicilio del poseedor de una cantidad de droga, resultan de interés para revelar el ánimo con el que se tenía tal droga. Apuntan hacia la intención difusora: las balanzas de precisión, un molinillo tamizador para productos farmacológicos, papelinas, bolsitas vacías, papel celofán, papel cuadriculado (para papelinas), o papel aluminio; una navaja, cuchillo, espátula, tijeras, tabla de cortar, pinzas o un almirez, en particular si quedan restos o tienen el filo quemado; polvos de cualquier tipo para cortar la droga: especialmente glucosa, pero también cafeína, lactosa, suero en polvo, carbonato cálcico, almidón de trigo y bicarbonato sódico; una pequeña prensa para elaborar tabletas de hachís, un scanner para controlar los movimientos de la Policía; una carpeta con

instrucciones para efectuar el test de Duquenois que permite medir la pureza de la droga; un listado de precursores químicos utilizados para la fabricación de droga; documentos como agendas, libros de contabilidad, etcétera.

Sin embargo si por el contrario la droga se acompaña de librillos de papel de fumar, jeringuillas, un limón, una cucharilla, o papelinas vacías con restos de droga, se presupone el autoconsumo.

2.- *Ocupación, junto a la droga, de cantidades de dinero inusuales que denoten el tráfico de drogas, poniéndolos en relación con la capacidad económica del acusado.*

3.- *Lugar y momento en que se ha realizado la ocupación de la droga.* Este argumento ha sido considerado en alguna ocasión por la jurisprudencia como un indicio de la voluntad de traficar cuando la distribución ilícita se realiza en establecimiento abierto al público al que suelen acudir jóvenes adictos en horas nocturnas, proximidades de Centros de desintoxicación, zonas de menudeo de drogas, etc. Pero este factor ha de relativizarse porque los lugares más frecuentados por los traficantes también son los más frecuentados por los consumidores y porque las horas más frecuentes de consumo no tienen porque corresponderse con los momentos en los que sea más frecuente el tráfico.

3.2.- PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

La jurisprudencia ha admitido un concepto extensivo de autor, excluyéndose en principio las formas accesorias de participación.

a) Autoría.

Se ha declarado por el T.S. la existencia de autoría plena en los siguientes casos:

- El titular de la vivienda por tener una posición de garante (STS 1881/2000, de 7-12-2000).
- El que convive en el mismo domicilio (STS 220/2003, de 14-2-2003).
- El que realiza el transporte con la droga (SSTS 591/2003, de 15-4-2003; 370/2004, de 17-3-2004).
- El que cotransporta la droga (STS 330/04, de 12-3).
- El depositario (STS 373/2001, de 7-3-2001).
- El que lo transporta y recibe el precio (SSTS 2138/2001, de 16-11-2001).
- La adquisición de un barco para transportar la droga y embarcar con él (STS 1579/2000, de 10-3-2000).
- Intermediario que recoge las papelinas y se las entrega a los drogodependientes (SSTS 51/2002, de 26-1-2002, Pte. Sánchez Melgar) o el que realiza actos de contacto previo con los adquirentes (SSTS 1739/2002, de 21-10-2002).
- Entrega de sustancias a cambio de dinero (STS 106/2004, de 29-1-2004).
- No es necesario tener la posesión material de la droga para ser considerado autor del delito (STS 825/2003, de 9-6-2003).

– La simple convivencia de los recurrentes en el mismo domicilio de los otros condenados no permite deducir sin más la autoría de aquéllos en los actos realizados y llevados a cabo en el mismo. (STS 19-04-96). La doctrina de la Sala 2ª es unánime cuando enseña que la coparticipación en el delito de tráfico de drogas no puede deducirse del solo hecho de la convivencia de varias personas bajo el mismo techo, aunque en el domicilio se ocupen drogas y determinados útiles para su manipulación si no aparecen otras pruebas o indicios que apoyen aquella coparticipación.

b) Complicidad.

En supuestos excepcionales cabe apreciar la complicidad, en los casos de no favorecimiento directo del tráfico de drogas, sino en los de favorecimiento del favorecedor o en aquellos supuestos de una participación muy ocasional y poco importante o con carácter accesorio y de escasa entidad. Como se dice en la STS 259/2003, de 25-2-2003 «habrá que apreciar autoría en las actividades nucleares y de primer grado a que se refiere el tipo del artículo 368 del CP. de creación de droga, mediante el cultivo o la elaboración, de aproximación de la droga al consumidor, mediante el transporte, el traslado y la entrega del estupefaciente, y de posesión de la droga con finalidad de tráfico. Se han considerado las acciones relacionadas con la droga integrantes de autoría, si el partícipe es tenedor de la sustancia. La complicidad queda reservada a las actuaciones periféricas y de segundo grado en las que ni se crea, ni se traslada, ni se entrega, ni se posee la droga. Para distinguir la complicidad, prevista en el art. 29 del CP., de la cooperación necesaria, a que se refiere el apartado b) del párr. 1º del art. 28 del mismo Cuerpo Legal, habrá que ponderar si la actividad auxiliar es indispensable o prescindible, siendo de aplicación las teorías sobre la “condición sine qua non” sobre los bienes escasos y sobre el dominio de la acción, con arreglo a las cuales habrá cooperación necesaria cuando la actuación auxiliar sea decisoria y suponga una aportación difícil de conseguir, y el partícipe pueda determinar el cese de la actividad delictiva, al retirar su apoyo».

A continuación se enumeran algunos supuestos concretos resueltos por la jurisprudencia, admitiendo la complicidad:

– «La mera indicación al consumidor que quiere comprar droga del lugar donde se vende e incluso el acompañamiento hasta dicho lugar (STSS de 9 de julio de 1987 y 1338/2000, de 24 de julio).

– La ocultación ocasional y de corta duración de una pequeña cantidad de droga (STSS de 10 de julio de 1995, 30 de marzo de 1991 y 155/2002, de 19 de junio).

– El transporte de droga desde el domicilio del traficante a otro, con fines de ocultación (STS 1993/2001, de 18 de octubre).

– La vigilancia del lugar donde esté la droga (STS 2459/2001, de 21 de diciembre).

3.3.- SUPUESTOS DE ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE DROGAS

a) Consumo compartido.

Los requisitos para que se pueda apreciar esta doctrina del consumo compartido (o autoconsumo plural en terminología de la STS 1102/2003, de 23-7) al caso concreto son los siguientes (STS 1105/2003, de 24-7):

- 1º.- Los consumidores que se agrupan han de ser adictos,
- 2º.- El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado,
- 3º.- La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante»,
- 4º.- La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes
- 5º.- Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas,
- 6º.- Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas.

b) Entrega gratuita de mínimas cantidades de droga a individuos toxicómanos por personas allegadas.

El Tribunal Supremo Sala ha considerado reiteradamente carentes de antijuridicidad y atípicos aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados adictos que se encuentran en prisión, de cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen. Esta doctrina ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva (SSTS 527/1998 de 15 Abr., 905/1998 de 20 Jul., 789/1999 de 4 May., 1653/2001 de 16 Jul. y 20 Ene. 2003).

c) Cantidad insignificante

En los últimos años se ha ido imponiendo una doctrina en la Sala 2.^a del Tribunal Supremo tendente a absolver a los acusados de actos de tráfico de drogas consistentes en la venta de una «papelina» o dosis individual de sustancia estupefaciente, es decir, los típicos casos de «trapicheo» de venta de drogas o «al menudeo». Esta teoría se ha venido aplicando cuando dichos actos eran mínimos, atendiendo a la cantidad de la droga vendida, basándose para ello en una doctrina de origen alemán, denominada de «insignificancia», aunque otros también la han llamado de «lesividad». El Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo se reunió para debatir la cuestión el 24 de enero de 2003, acordándose solicitar del Instituto Nacional de Toxicología un informe sobre la dosis mínima psicoactiva de cada sustancia. Dicho informe fue remitido el 22 de diciembre de 2003 con los cuadros de las sustancias y dosis mínimas psicoactivas, que a su vez fue remitido al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo para que realizara las oportunas operaciones matemáticas para determinar los mínimos de cada sustancia, emitiéndose finalmente un informe de fecha 13 de enero de 2004. Estas dosis mínimas psicoactivas constituyen la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad de la sustancia, siendo las siguientes: heroína, 0,66 miligramos; cocaína, 50 miligramos; hachís, 10 miligramos y MDMA, 20 miligramos.

3.4.- GRADO DE EJECUCIÓN

- **Comisión del delito en grado de tentativa en el caso de aquellos acusados que acuden por diversos paquetes, sin haber intervenido en la operación de envío desde el extranjero (STS 791/2005, de 22 de junio).**

Si el acusado interviene exclusivamente en la recogida de la droga en nuestro país mediante solicitud de colaboración por un tercero, sin ser destinatario de la misma ni tener disponibilidad de ella, se trata de un delito en grado de tentativa. Por el contrario, si ha participado en la solicitud o en la importación o figura como destinatario, es autor en grado de consumación.

- **El cultivo de marihuana para ser punible ha de estar preordenado al tráfico**

En cuanto a la posesión de la marihuana sembrada por el procesado en trece macetas que fueron encontradas en su propio domicilio, el Tribunal considera la cantidad resultante como muy escasa para justificar el trabajo de adquirir la semilla, sembrar, cuidar y recolectar las plantas y posteriormente realizar el tratamiento de las mismas para obtener el producto, actividad que de desarrollarse con una cantidad superior de plantas podría justificar un posterior destino al tráfico (SAP Cádiz 30-07-04, casada en STS 11-05-06).

3.5.- SUBTIPOS AGRAVADOS DE PRIMER GRADO (ART. 369 C.P.)

Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

ART. 369. 1. 1. El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

Lo cometen: el Guarda, aunque con contrato laboral, de un Parque Natural donde se comete el delito (STS 28-11-00); el Policía que se sirve de sus contactos profesionales (STS 30-04-99), o que sustrae la droga destinada a su destrucción (STS 8-03-05); el médico que vende recetas a drogodependientes sin previo reconocimiento (STS 18-05-98); el funcionario de prisiones que guarda la droga en su despacho.

No se aplica a un Policía por la mera tenencia de drogas en su Oficina (STS 19-11), al tener diligencias abiertas.

ART. 369. 1. 2. El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

Los vínculos que existen entre el tráfico de drogas y otras actividades delictivas organizadas -como pueden ser la falsificación de documentos, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, etcétera-, socavan las economías lícitas, amenazan la estabilidad de los Estados y les permite, en su forma de

organizaciones transnacionales, invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración, el comercio y la sociedad a todos sus niveles. (STS 1837/2000, 28-11).

ART. 369. 1. 3. Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

De interpretación restrictiva y rigurosa alcanzando solamente a los responsables o empleados del establecimiento (STS 29-6-05), exige la constancia de la finalidad de tráfico en el local (STS 16-01-02) y excluye los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de las sustancias (STS 10-07-02) o no se aprovechan las facilidades proporcionadas por el establecimiento, aunque se produzca en el interior un acto de tráfico (STS 29-01-04).

ART. 369. 1. 4. Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

El dolo debe abarcar el conocimiento de la edad (STS 29-12-03), que concurre cuando es notoria (STS 20-02-04) o se deduce del lugar, cercano a un colegio, y fisonomía del menor (STS 15-04-02), siendo indiferente la finalidad perseguida, como suministro de droga a un bebé para aliviar su llanto con resultado final de muerte (STS 27-05-03).

Cabe dolo eventual si no despeja las dudas que tiene (STS 28-02-05), no dándose cuando el menor engaña sobre la edad (SAP Cuenca, 7-3-95). Quien vende droga a clientes indiscriminadamente tiene el deber de cerciorarse de que se trata de personas mayores de edad, y si incumple este deber y por ello llega a vender a un menor de esa edad, está al menos, aceptando este resultado para el caso de que llegara a producirse. (STS 10-04-06).

ART. 369. 1. 5. Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

- **Acuerdo no Jurisdiccional de Junta General de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 19-10-2001.**

1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3º del artículo 369 del código penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del instituto nacional de toxicología de 18 de octubre de 2001.

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

3. No procederá la revisión de las sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro -sobre la base del remitido por el instituto nacional de toxicología- en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho instituto.

5. Así en el cuadro que acompaña al Acuerdo, se fija la notoria importancia, por ejemplo la heroína en 300 grs., la morfina en 1.000, la metadona en 120, la cocaína en 750, la marihuana en 10 kgrs., el hachís en 2,5 kgrs., el aceite de hachís en 300 grs., y las drogas de síntesis (MDA, MDMA y MDEA) en 240 grs.

Si son varias sustancias de igual naturaleza pero purezas distintas se reduce a pureza cada una y se suman. Si son sustancias heterogéneas, se reducen al número de dosis de cada sustancia y luego se suman hasta llegar a las quinientas, que constituye la notoria importancia (STS 11-04-05).

- **Agravante de notoria importancia: No procede el fraccionamiento de la cantidad entre los acusados (STS 524/2005, de 27 de abril).**

El Tribunal Supremo ha venido estableciendo sin fisuras, que la cantidad adquirida y ocupada debe ser imputada a cada uno de los partícipes como integrantes de un plan conjunto que afecta a la totalidad de sus componentes. Cuando la droga se ha adquirido por varias personas en un solo acto existe imposibilidad de fraccionar la droga ocupada entre los partícipes a los efectos de esta agravación.

ART. 369. 1. 6. Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras incrementando el posible daño a la salud.

Se exige que la mezcla incremente el daño a la salud por lo que los supuestos de adulteración con otras sustancias que hacen perder fuerza activa a la droga serán atípicas, siempre que las mismas no sean más perjudiciales para la salud (cafeína, benzocaína o lidocaína con la cocaína; piracetam, metacualona o paracetamol con la heroína; cafeína con las anfetaminas).

Y tampoco cabrá apreciarla en aquellos supuestos en los que, debido a la mayor pureza de la droga, se provocara a los consumidores una «sobredosis» ya que en este caso el fallecimiento o lesiones ocasionadas se deben no a una adulteración sino precisamente a la pureza de la droga y a la tolerancia que el drogodependiente tiene a la sustancia con un determinado índice de adulteración. Ello sin perjuicio de que a los traficantes de droga se les pudiera perseguir en estos casos como responsables, como mínimo, de un delito de homicidio o lesiones imprudentes, además del tipo básico del art. 368 del Código Penal.

ART. 369. 1. 7. Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares,

en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades.

Los jueces han de conjugar la delimitación de la “proximidad” desde una perspectiva de carácter geográfico, con el elemento finalístico o tendencial *consistente en que las conductas se realicen con el propósito de favorecer, promover o facilitar el consumo ilegal de drogas en tales centros o establecimientos.*

ART. 369. 1. 8. El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

En relación a la adquisición o compra, parece absurdo pensar que el comprador, para dicha operación penalmente relevante exhiba armas o emplee violencia (en cuyo caso seguramente estaríamos ante una depredación patrimonial del poseedor y no un acto de tráfico -atracos a narcos-).

No obstante es concebible imaginar la hipótesis en la que el adquirente para garantizar el éxito de la adquisición emplee o exhiba armas o violencia –escena muy cinematográfica-.

ART. 369 bis. Pertenencia a organización y responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010 ha suprimido el anterior artículo 369, párrafo segundo. La pertenencia a organización delictiva, responsabilidad de los jefes, encargados o administradores de la misma, así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se tipifica en el artículo 369 bis, de nueva creación:

“Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruplo del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

3.6.- SUBTIPOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTOS POR EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL (AGRAVANTES DE SEGUNDO GRADO)

Art. 370 C.P. *«Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 cuando:*

1º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2ª y 3ª del apartado 1 del artículo anterior.

3º Las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2º y 3º se impondrá a los culpables, además una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito».

1. Utilización para la comisión del delito de menores de edad o disminuidos psíquicos

Interpretando el sentido del verbo nuclear «*utilizar*» la STS de 8-11-02 y más recientemente la de fecha 27-9-04, señalan que se comprende en dicha acción “*cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor, en quien recae la responsabilidad criminal*”.

En la aplicación de esta figura agravada, se ha venido exigiendo que el autor tenga conocimiento de la concurrencia de la situación de minoría de edad, pues como reiteradamente ha indicado la doctrina jurisprudencial «se trata de un tipo doloso en el que el sujeto activo del delito debe abarcar con su conocimiento todos los elementos del tipo objetivo» (STS de 29-12-03), si bien puede tratarse de dolo directo o eventual según que el conocimiento de dicha situación se obtenga con certeza absoluta o como mera probabilidad.

Resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata (JGTS, Acuerdo no Jurisdiccional 26-02-2009).

2. Especial agravación en relación con determinadas personas.

El segundo de los supuestos de especial agravación relativo a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones vinculadas al tráfico de drogas, se extiende también a los que participen en otras actividades organizadas.

3. Extrema gravedad.

El concepto jurídico «extrema gravedad» se define de acuerdo con cinco parámetros:

a) En atención a la sustancia intervenida, si ésta excede notablemente de la considerada como de notoria importancia.

- **Acuerdo No Jurisdiccional de la Junta General de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 25-11-2008: Alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia. y utilización del buque.**

La aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P., referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de *multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia (500 dosis)*.

Tomando como ejemplo la heroína, el Instituto Nacional de Toxicología considera que la dosis diaria de un drogodependiente habitual es de 600 miligramos, esto es, 0,6 gramos. Quinientas dosis diarias, es decir, 0,6 gramos multiplicado por 500 (0,6gr. x 500 = 300 gr.) marcarían la aplicación de la agravante de primer grado -cantidad de notoria importancia- del artículo 369.5 del Código Penal según la LO 5/10. Para determinar la aplicación de la agravante de extrema gravedad contemplada en este apartado, aplicamos el Acuerdo del Tribunal Supremo y multiplicamos el límite mínimo que fija la notoria importancia de la heroína -300 gr.- por 1000, y obtenemos la cantidad de 300.000 gr., esto es, 300 kilogramos de Heroína, que se consideraría cantidad de importancia suficiente como para aplicar la agravante de extrema gravedad del artículo 370, apartado 3º.

- **La Sala 2ª no aprecia la concurrencia de la cualificación de “extrema gravedad” del art. 370 (STS 410/2006, de 12 de abril)**

En el presente caso surge la dudosa disyuntiva de apreciar la cualificación de extrema gravedad o la de notoria importancia de la droga intervenida. La interpretación restrictiva en la estimación de una cualificación lleva a la Sala a apreciar la segunda de ellas.

b) Cuando se utilizan buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico.

Se sanciona más gravemente por las mayores facilidades del traslado de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas que proporcionan estos medios.

c) Cuando se simulan operaciones de comercio internacional entre empresas.

La cualificación se basa en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional cuya persecución y descubrimiento resulta más dificultosa al llevarse a efecto la actividad delictiva en el territorio de más de un Estado, amparada no obstante en la normativa supranacional reguladora de esta materia.

d) Cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

La agravación se motiva al alcanzar estas redes proyección y capacidad de actuación en más de un Estado.

e) Cuando concurren tres o más circunstancias de las previstas en el apartado primero del art. 369.1 CP.

El atestado policial en su diligencia de informe debe ser un fiel reflejo de la investigación y no es infrecuente que aun en asuntos poco complejos, se puedan deducir del resultado de la misma la concurrencia de varias circunstancias agravantes del tráfico de drogas investigado.

3.7.- ASPECTOS PROCESALES Y MEDIOS PROBATORIOS

- **Diligencia de entrada y registro: nulidad de la misma por entrada previa de policías locales, antes de la presencia de la comisión judicial, para “asegurar el resultado del registro” (STS 460/2005, de 12 de abril).**

De aceptarse como válida, semejante finalidad serviría para excluir en la práctica totalidad de los casos, o al menos en aquellos en los que a criterio de los funcionarios policiales intervinientes una circunstancia así concurriera, la necesidad de intervención del órgano jurisdiccional.

- **Concepto de delito provocado (SSTS 23 de junio de 1999).**

Por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención ab initio de la fuerza policial.

¿Se pueden dar supuestos de intervención legítima por los funcionarios policiales? Obviamente sí. Así la STS 20 noviembre de 2001:

Los hechos probados no describen un delito provocado, dado que la provocación debe ser apreciada cuando el autor fue inducido a la comisión de un

delito que no pensaba cometer. En el presente caso, sin embargo, se ha tenido por probado que el acusado fue quien ofreció al testigo vender droga que tenía en su poder. Por consiguiente, en la medida en la que el autor no fue objeto de inducción, no cabe admitir en este caso que el delito fue provocado por las autoridades de persecución.

- **Los lavabos, baños o aseos de un establecimiento público son una prolongación de la privacidad que a toda persona corresponde en lo que es su domicilio.** STS. 937/1998, de 7 de julio.

Dejando de lado la posibilidad de un delito flagrante, no cabe duda de que esa intimidad sólo se puede perturbar con la debida autorización judicial, siendo en otro caso nula la prueba obtenida como consecuencia de dicha entrada y registro.

1.- La STS. 937/1998, de 7 de julio, parte del supuesto de hecho de una persona sorprendida y retenida por el Vigilante de una discoteca en los lavabos del mencionado establecimiento, cuando “se hallaba manipulando diversas pastillas contenidas en una bolsa de plástico”, que intentó arrojar a la taza del inodoro, lo que consiguió en parte, ocupándosele no obstante dieciséis comprimidos, que eran de MDMA, o psicotrópico de metilendioxi Anfetamina conocido como “éxtasis”, con un peso de dieciséis gramos.

El problema básico en torno al cual gira la validez o la nulidad de la prueba viene dado por el hecho de que el Vigilante de la discoteca al tener sospechas de una persona a quien atribuye la cualidad de vendedor de drogas, después de observar cómo entraba en los lavabos y de ver por el agujero del mismo que “manipulaba” con unas pastillas, abrió la puerta del repetido lavabo para retener al acusado, no sin antes de que éste arrojara algunas de tales pastillas al inodoro.

La invasión ilegítima en la intimidad que los aseos públicos representan invalida la legitimidad de la prueba aquí obtenida.

2.- Así lo acordó la **Sala General del Tribunal Supremo en su reunión de 30 de junio de 1997**, estableciendo literalmente que “sin perjuicio de lo que pueda resolverse en cada caso en virtud de especiales circunstancias, los Magistrados por unanimidad llegan a la conclusión de que **los lavabos públicos son lugares donde se desarrollan actividades que afectan a la intimidad de las personas**”, si bien es verdad, que tal acuerdo, como lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 4 agosto 1997, sobre la videovigilancia y la seguridad pública, es aplicable a los supuestos en los que se quieran obtener en dichos lugares imágenes grabadas en vídeo, con más razón si lo que se pretende, sin grabación alguna, es la pura y simple intromisión en la intimidad, con clara vulneración no ya del artículo 18.1 constitucional sino de lo que dispone el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 5 mayo 1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- **Es válida y correcta la captación en general de imágenes de personas sospechosas recogidas en la vía pública de manera velada y subrepticia, en los momentos en los que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo, pues ningún derecho queda vulnerado en estos casos.** (STS 19-04-96).

- **Inexistencia de delito flagrante en supuesto en que la Policía observa por una ventana de una chabola como un ocupante pesa una sustancia que resultó ser heroína.**

Según la STS 1003/1999, de 14 de junio, no se dan los requisitos de flagrancia en el supuesto en que la Policía se encontraba vigilando una chabola, cuando vieron que un ocupante de la misma se encontraba pesando algo en una balanza, elemento o sustancia que luego resultó ser heroína.

Se afirma que no concurre el requisito de la inmediatez temporal, en cuanto no se estaba cometiendo un delito contra la salud pública, cuando se produce la percepción visual por parte de los funcionarios de policía, ya que la acusada sólo se encontraba pesando en una balanza una sustancia, que luego resultó ser heroína, sin que se presencie ningún acto de tráfico de droga, y desde luego no concurre el de la necesidad urgente de la intervención policial, para efectuar el registro, pues se pudo acudir a la Autoridad Judicial para obtener el correspondiente mandamiento, dejando simplemente en el lugar de los hechos una vigilancia, para impedir, mientras tanto, la frustración de la operación policial.

- **El consumo en vehículos particulares de sustancias estupefaciente, siempre que se hallen en vías públicas, ha de entenderse incluido en el ámbito de la conducta sancionable en el art. 25 de la LOPSC.**

Asimismo ha de reputarse tenencia ilícita de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, cualquier tenencia, esté o no destinada al autoconsumo, pública o privada (incluyéndose lógicamente la tenencia en automóviles). Cualquier tenencia –que no aparezca inmersa en el delito contemplado en art. 368 C.P.- destinada a usos distintos de los expresado en el art. 22 de la Ley 17/1967, es ilícita y por tanto sancionable desde el punto de vista administrativo. (STC 341/1993, de 18 de noviembre).

4.- REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA

1.-TS (Sala de lo Penal) de 26 febrero 2009. Supuesto en que procede aplicar en el delito de tráfico de drogas el tipo agravado de utilización de menores o disminuidos psíquicos.

2.-TS (Sala de lo Penal) de 25 noviembre 2008. Tipo agravado por extrema gravedad de la conducta: supuestos en que debe de entenderse que la sustancia incautada supera notablemente la notoria importancia. Concepto de buque a efectos de la agravación de la conducta.

3.-STS núm. 695/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 12 noviembre. Fijación de la cantidad de droga que el supuesto de la cocaína, heroína y hachis debe de entenderse como de notoria importancia.

4.-STS núm. 509/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 21 julio. Meros transportistas de droga que facilitan la identificación del otro culpable: aplicación de atenuante analógica en su conducta.

5.-STS núm. 433/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 3 julio. Nulidad de registro de vehículo en el que se encontró droga realizado por agentes de policía local.

6.-STS núm. 298/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 26 mayo. Validez del consentimiento prestado por sospechoso para exploración radiológica con anterioridad a que se practicara su detención: innecesariedad de asistencia letrada.

7.-STS núm. 222/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 29 abril. Registro policial de bolso en el que se encuentra cocaína. Validez del mismo. Teoría de la ignorancia deliberada sobre la naturaleza de la droga hallada.

8.-STS núm. 93/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 15 febrero. Acusado que es sorprendido por agentes policiales vendiendo cocaína: la declaración policial se considera como declaración testifical válida para desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

9.-STS núm. 11/2008 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 11 enero. Obligatoriedad de imposición de la pena de multa prevista en el tipo penal aunque no haya sido solicitada por el Ministerio Fiscal.

10.-STS núm. 682/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 18 julio. Principio de insignificancia: requisitos necesarios para que pueda aplicarse como causa de impunidad.

11.-STS núm. 642/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 6 julio. Requisitos que deben concurrir para apreciar circunstancia atenuante o eximente de drogadicción en los delitos de tráfico de droga.

12.-STS núm. 603/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 25 junio. Cantidad mínima de consumo diario de cocaína y fijación de periodo de abastecimiento de consumidor.

13.-STS núm. 312/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 20 abril. Supuestos en que cabe la complicidad dentro del delito del tráfico de drogas.

14.-STS núm. 146/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 28 febrero. Tráfico de droga: resulta relevante no la posesión sino la disponibilidad sobre la droga.

15.-STS núm. 128/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 22 febrero. Acusado que es interceptado por agentes policiales en el momento que se dirigía a coger la droga de la que era destinatario: delito consumado. Inexistencia de tentativa.

16.-STS núm. 801/2006 (Sala de lo Penal), de 13 julio. Acusado al que se le incautan comprimidos de MDMA, papelines de cocaína y ketamina: tenencia preordenada al tráfico.

17.-STS núm. 760/2006 (Sala de lo Penal), de 10 julio. Acusada que se dedica a la venta de droga en su domicilio.

18.-ATS núm. 1484/2006 (Sala de lo Penal), de 29 junio. Validez del análisis efectuado sobre una muestra homogeneizada de los diez paquetes que portaba el acusado: suficiente para apreciar el subtipo agravado de notoria importancia.

19.-STS núm. 352/2006 (Sala de lo Penal), de 15 marzo. Mujer de guardia civil que pide a la acusada que se quite la blusa tras observar que lleva un paquete de droga en su canalillo. Innecesariedad de la asistencia letrada en la práctica del cacheo policial.

20.-STS núm. 1241/2005 (Sala de lo Penal), de 27 octubre. Agente policial que efectúa una llamada telefónica a los acusados para comprobar su implicación en delito de tráfico de drogas: inexistencia de delito provocado.

21.-STS núm. 1257/2003 (Sala de lo Penal), de 25 septiembre. Inexistencia de delito provocado en una venta de pastillas en la que interviene como comprador un agente de la Guardia Civil.

22.-SAP Barcelona núm. 132/2009 (Sección 2), de 25 febrero. Acusados por delito de tráfico de drogas absueltos tras acreditarse que existió una ruptura de la cadena de custodia.

5.- SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA, TRÁFICO DE DROGAS

SUPUESTO 1.-

Los acusados, **Adolfo, Serafín, María Esther, Luis Ángel, Julián y Juan Manuel**, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, actuando de común acuerdo, venían dedicándose al ilícito tráfico de sustancias estupefacientes desde mediados del año 2011, actividad para la que se valían de establecimientos abiertos al público que tenían alquilados y en los que trabajaban, suministrando dichas sustancias incluso a personas menores de edad.

1.-El “**bar T**”, sito en la c/ Málaga número 22 de la localidad de Fuenlabrada, fue arrendado por los acusados, **Adolfo y Serafín**. El establecimiento era regentado habitualmente por Serafín y por el también acusado, **Julián**. En dicho lugar se realizaron, entre otras, las siguientes operaciones de tráfico: a) Sobre las 20.00 horas del día 31 de octubre de 2011, vendieron al menor Rubén, de 16 años de edad, dos trozos de hachís de 4,9 gramos de peso, con un THC del 14,8%, a cambio de nueve euros. b) El día 19 de noviembre de 2011 vendieron a Juan Alberto varios trozos de hachís, con un peso neto de 4,4 gramos y un THC del 15,5%.

El día 19 de noviembre de 2011, se llevó a cabo el registro de este bar, cuando se hallaban en su interior Adolfo, Serafín y Julián y se hallaron tres trozos de hachís, con un peso neto de 109,7 gramos y un THC del 14,5%, así como una navaja con la hoja quemada, de las utilizadas para partir la referida sustancia, tres trozos de papel celofán con restos de la misma, y 30 euros, producto de la ilícita actividad a la que se venían dedicando.

2.-El “**bar O**”, sito en la c/ Islas Británicas número 8 de la misma localidad, fue alquilado el 10 de mayo de 2011 por la acusada **María Esther** y era atendido habitualmente por el acusado, **Luis Ángel**. Dentro del ilícito comercio al que se

dedicaban en el establecimiento, se desarrollaron las siguientes operaciones: a) Sobre las 20.00 horas del día 12 de septiembre de 2011, Luis Ángel vendió al menor José Pedro, de 17 años de edad, un trozo de hachís con un peso de 3,31 gramos. b) El día 19 de noviembre de 2011 vendieron a Tomás un trozo de 2,1 gramos, con un THC del 15,2%.

El 19 de noviembre de 2011, cuando se procedió al registro del citado bar, el acusado, Luis Ángel, se encontraba partiendo con una navaja un trozo de hachís, que arrojó un peso de 27,3 gramos, con un THC del 16%. Asimismo, se halló en el interior de la barra un envoltorio con una bola de 0,5 gramos de cannabis sativa (marihuana), con un THC del 16,6%, así como 50 euros procedentes del tráfico ilícito descrito.

3.- El "bar R ", sito en la c/ Barcelona, número 6 de la misma localidad, fue alquilado por el acusado, **Adolfo**, el día 9 de mayo de 2011 y era atendido habitualmente por el mismo y por el también acusado, **Juan Manuel**. En este local, se llevaron a cabo, entre otras, las siguientes operaciones: a) Sobre las 19 horas del día 3 de septiembre de 2011 vendieron a la menor Fátima, de 16 años de edad, dos trozos de hachís, con un peso de 2,69 gramos, a cambio de 6 euros. b) El día 19 de noviembre de 2011 vendieron a José Augusto un trozo de hachís de 2,3 gramos de peso, con un THC del 15,7%.

El día 19 de noviembre de 2011 se efectuó un registro en el referido local y se halló en el interior de las ropas de Juan Manuel un trozo de hachís de 29,2 gramos, con un THC del 15,7%. Asimismo, se intervinieron diversas armas blancas con restos de la misma sustancia y 212,40 euros, procedentes de la ilícita actividad desarrollada.

En el registro que se efectuó en el domicilio que compartían los hermanos Serafín y Adolfo con María Esther, sito en la c/ DIRECCION006 núm. NUM009, NUM010, de la localidad de Fuenlabrada, se halló una carta de identidad marroquí a nombre de Serafín, un carné de conducir marroquí a nombre de María Esther, una báscula de precisión de la marca "EKS", así como 1.515 euros procedentes del ilícito negocio al que se venían dedicando sus moradores.

Sobre las 06.30 horas del día 20 de noviembre de 2011, se procedió a la detención de la acusada, **María Esther**, cuando se disponía a abandonar su domicilio de la c/ DIRECCION006 portando una mochila que contenía numerosas pastillas de hachís, que arrojaron un peso neto total de **5.660,4 gramos, con un THC del 13.2%**, así como una bolsa que contenía una sustancia que, tras su oportuno análisis farmacológico, resultó ser **cocaína**, con un peso neto de **176,5 gramos y una pureza del 35,1%**, que había sido adulterada con procaína. Estas sustancias pertenecían a los hermanos Serafín y Adolfo y a María Esther y tenían como destino su distribución entre terceros. Asimismo, se hallaron en su poder 4.880 euros y un teléfono móvil marca "MOTOROLA".

Cuando se procedió a la detención de **Serafín, Julián y Adolfo**, el primero era portador de dos teléfonos móviles, uno marca "SIEMENS" y otro marca "MOTOROLA", que utilizaba para su ilícita actividad, así como 225 euros procedentes de la misma, el segundo tenía en su poder 220 euros y el tercero otros 225 euros, de igual origen, así como un teléfono móvil marca "SIEMENS". También le fue intervenido a este último un vehículo "SEAT CÓRDOBA", matrícula IG-....-Y.

María Esther trabajaba como empleada doméstica para los hermanos Serafín, Adolfo y hacía todo lo que le ordenaban, según sus manifestaciones por temor fundado a sufrir en su persona todo tipo de malos tratos físicos, aunque no había denunciado estos.

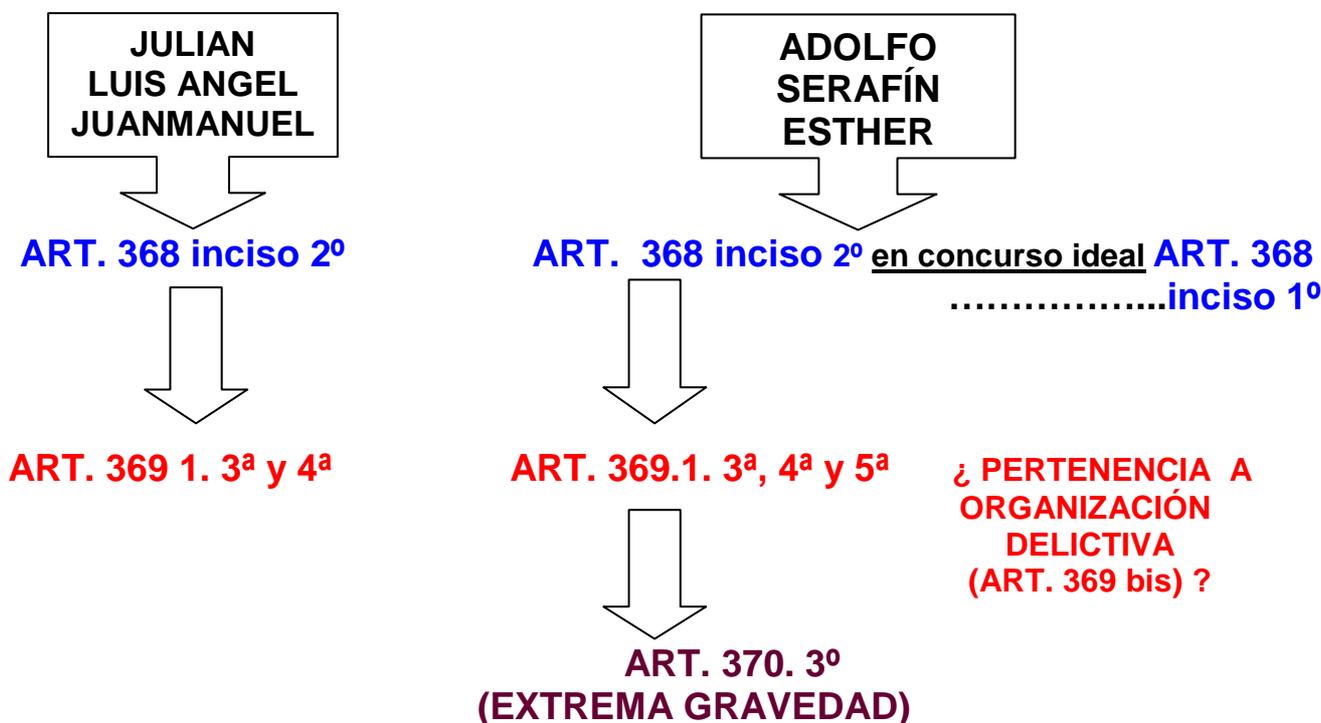
(Supuesto basado en S.A.P. Madrid de 8-11-04 casada en STS Sala 2ª de 29 junio 2006)

- 1ª) CALIFICACIÓN JURÍDICA
- 2ª) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
- 3ª) PARTICIPACIÓN
- 4ª) GRADO DE EJECUCIÓN
- 5ª) CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES Y MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

1ª) CALIFICACIÓN JURÍDICA (VIGENTE)

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de:

- Un delito contra la salud pública del art. 368, inciso 2º, **AGRAVADO** en el art. 369 3º y 4º C.P. del que deben responder en calidad de autores Julián, Luis Ángel y Juan Manuel y
- Un delito contra la salud pública del art. 368, inciso 2º, **AGRAVADO** en el art. 369 4º, 5º y 6º y en el art. 370. 3º, en relación de concurso ideal con un delito contra la salud pública del art. 368, inciso 1º del que deben responder como autores Adolfo, Serafín y Esther.



Art. 368 C.P.: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

Art. 369: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

3º) Los hechos fueren realizados en **establecimientos abiertos al público** por los responsables o empleados de los mismos.

4º) Las sustancias a que se refiere el artículo anterior **se faciliten a menores de 18 años** o disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5º) Fuere de **notoria importancia la cantidad** de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior”.

Art. 370. 3º C.P. inciso 1º: “Se consideran de **extrema gravedad** los casos en que: **cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”**.

- **RAZONAMIENTO:**

- A) DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (ART 368).**

***Tipo de peligro abstracto** que se materializa en las conductas que se describen en la figura básica del artículo 368 del Código Penal: **cultivo, elaboración o tráfico o cualquier forma de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo**. Se castiga no sólo los actos descritos, sino también cualquier tipo de **posesión o tenencia preordenada al tráfico**.

***PRUEBA INDICIARIA: INDICIOS DE POSESIÓN PREORDENADA AL TRÁFICO:** La jurisprudencia viene refiriéndose a:

- la personalidad del detentador: ser o no ser consumidor habitual,
- la cantidad y calidad de droga poseída, la existencia de productos adulterantes,
- el lugar y circunstancias donde se intervenga y trasiego de compradores
- la disposición de la droga,
- utillaje, medios o instrumentos para su comercialización,
- los datos que revelen una organización empresarial,
- la posesión de sumas de dinero incongruentes con la posición económica del sujeto,
- la vigilancia ejercida por la Policía,
- la actitud adoptada por el procesado,
- y a cualquier otro dato revelador de la intención del sujeto.

En este caso, la cantidad de droga aprehendida a María Esther y la ocupada en los tres bares, así como el dinero intervenido y las concretas acciones de compraventa acreditadas, evidencia que el destino era necesariamente la transmisión a terceros y, constatado el propósito de destinar la droga incautada al tráfico ilícito, concurre, pues, el elemento subjetivo del tipo aplicado.

* Ahora bien, entendemos que **se han cometido dos delitos contra la salud pública** diferentes porque **la responsabilidad por la droga hallada en la mochila que portaba MARÍA ESTHER sólo puede ser atribuida a los moradores del piso**

(ADOLFO Y SERAFÍN) y no a los demás acusados, cuya conducta, por tanto, no cabe encajar dentro del artículo 368. inciso 1º.

B) SUBTIPOS AGRAVADOS DE PRIMER GRADO (ART 369).

1.- Es de aplicación la agravación de **venta de la droga en establecimiento abierto al público**, pues se ha acreditado que los acusados utilizaron los tres bares que tenían arrendados, para la realización de su ilícita actividad. El fundamento material de esta agravación se encuentra en el peligro para el bien jurídico general derivado del aprovechamiento de la normal explotación de un establecimiento para el tráfico de sustancias estupefacientes, sirviéndose de las facilidades propiciadas por un aparente marco de legalidad, que implica un mayor reproche en el plano de la culpabilidad. La responsabilidad penal no se excluye por el hecho de que los acusados no ostentaran la responsabilidad jurídica del establecimiento (vid. SSTS. 15-2-1995 y 15-12-1999).

2.- Debe aplicarse también el subtipo agravado de **facilitación de estas sustancias nocivas a menores** (cuya tutela se refuerza por el riesgo relevante para su salud), al haberse justificado que se vendió droga a tres menores de edad Rubén, José Pedro y Fátima. No es necesario que los acusados supieran que se trataba de menores de edad, ya que basta que hubieran podido conocer dicho extremo, es decir, basta con que concurra el dolo eventual en la acción (STS 153/99, 2-2).

3.- Igualmente, la conducta encaja en el subtipo agravado de **notoria importancia**, por cuanto que la cantidad de hachís incautada (5.841 gramos, con un THC de 13,2%) excede del límite que para tal agravación ha fijado el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2001, que para el hachís es de 2,5 kilogramos. Se aplica esta agravante igualmente a los acusados Adolfo, Serafín y María Esther. La existencia de un pacto previo o "pactum scaeleris" habido entre los partícipes determina la aplicación a todos ellos de la agravación por razón de notoria importancia (STS 1051/99, 22-6).

4.- ¿Por qué no se aprecia en este supuesto el subtipo agravado previsto en el art. 369 bis de pertenencia a una organización? Porque no se observan algunos de los requisitos fundamentales para que se pueda hablar de organización delictiva, conforme al art. 570 bis CP, que son:

a) Concurrencia más de dos personas.

b) Coordinación entre dichas personas y programación por ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal, cuya meta estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la **asignación de distintas tareas**, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que se considere preciso el establecimiento de reglas o estatutos.

c) Fijación de **cierta estructura jerárquica**, que determine la existencia de unos jefes, administradores y encargados, cuya mayor responsabilidad penal está prevista en el Código Penal vigente.

d) Concurrencia de una cierta duración, continuidad y permanencia en el tiempo, requisito que se atenúa en la norma penal actual, que trata de ampliar el ámbito de esta agravante específica, al haber añadido las expresiones "incluso de carácter transitorio" y "aun de modo ocasional".

e) Acuerdo entre ellas de promover la difusión de drogas, **a gran escala** (¿hachís? ¿cocaína?)

En el caso que nos ocupa no existe una auténtica estructura jerárquica, si no un acuerdo común entre los partícipes que no puede ser tipificada más allá de la simple codelincuencia. Ello sin perjuicio de que se graduaron judicialmente las penas de los 6 acusados en dos escalones (por un lado Adolfo, Serafín y María Esther y por otro Julián, Luis Ángel Juan Manuel), pero atendiendo a las circunstancias y sobre todo la entidad de la participación de cada acusado, que resultaron probadas (sustancias estupefacientes ocupadas, la declaración testifical de los agentes de Policía así como de los compradores de droga, tres de ellos menores de edad, los documentos relativos al alquiler de los bares y la propiedad de los vehículos, la declaración autoinculpatoria de María Esther...).

No queda suficientemente acreditado, ni patente que Julián, Luis Ángel y Juan Manuel traficaren con cocaína; el acuerdo parece sólo alcanzar al tráfico de hachís.

C) SUBTIPOS AGRAVADOS DE SEGUNDO GRADO (ART. 370)

Art. 370. 3º C.P. inciso 1º: “Se consideran de **extrema gravedad** los casos en que:

- la cantidad de sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia,
- o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico,
- o se hallan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas,
- o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades,
- o **cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”.**

2ª) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La **salud pública**, que aunque integrada por las saludes públicas individuales globalmente consideradas, no equivale a salud individual en concreto de cada comprador (STS 1741/03, 19-12).

La jurisprudencia ha caracterizado al delito del art. 368 C.P. como un **delito de peligro abstracto**, a su vez, han sido definidos por la doctrina como aquellos, cuyo fundamento de punibilidad es la peligrosidad general, independientemente del caso concreto, por lo que no se requiere que el bien objeto de protección haya corrido un peligro real. Ello permite que estos delitos sean formulados como delitos de desobediencia en los que la acción tiene una determinada aptitud generadora de peligro. (Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 3-02-05 y STS 871/05, 15-3).

3ª) PARTICIPACION

De los anteriores delitos son criminalmente responsables, en concepto de **autor**, conforme a lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 28 del Código Penal, los acusados, Adolfo, Serafín, María Esther, Luis Ángel, Julián y Juan Manuel, por su participación directa, material y voluntaria en los hechos que lo integran.

4ª) GRADO DE EJECUCION

Para todos los autores y todos los delitos en grado **consumado**.

Es un **delito de pura actividad**: se consuma con la ejecución de la acción típica, sin necesidad de resultado alguno añadido, por lo que alcanza la perfección con la mera tenencia de la droga con finalidad de traficar con ella (STS 763/03, 30-05).

Es un **delito de resultado cortado**, en el que basta un tráfico potencial, porque el tráfico real se halla más allá de la consumación en el ámbito del agotamiento (STS 552/00, 29-3).

Es un **delito de consumación anticipada**, porque se sitúa en el acto posesorio de la droga o en el tráfico potencial de la misma (STS 1468/99, 11-10). Basta con la disponibilidad de la droga y su posible entrada en el mercado ilícito para reputar consumado el delito (STS 475/99, 29-3).

5ª) CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES Y/O MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

En la persona de Maria Esther se aplica la **eximente incompleta de miedo insuperable** comprendida en el art. 21. 1º en relación con el número 6 del art. 20 C.P., con los efectos previstos en el artículo 68. (STS 29-06-06, que estima en parte recurso interpuesto por M.F. contra S.A.P. Madrid 8-11-04, en la que se la absuelve amparada en la eximente completa de miedo insuperable).

Art. 21. : “Son circunstancias atenuantes:

1º Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

Art. 20: “Están exentos de responsabilidad criminal: 6º El que obre impulsado por miedo insuperable”.

Art. 68: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”

Se concluye que María Esther podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo y que existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias aún descartando la eximente completa, cabrá apreciar la eximente incompleta por las siguientes razones:

1.- Así, en primer lugar, **no consta la situación de terror invencible** determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. La sentencia describe la existencia de un temor fundado a sufrir en su persona todo tipo de malos tratos físicos, de tal manera que hacía lo que le ordenaban. Pero tal relato deja indemne su conocimiento, la posibilidad de valorar su conducta y comprender la ilicitud de la misma, pues la acusada sabía lo que hacía, no carecía de capacidad para darse cuenta de lo que hacía; y deja casi íntegra su capacidad de decidir, es decir, de actuar conforme a esa comprensión.

2.- En segundo lugar, **no consta que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado**. No obra en los hechos probados ningún episodio concreto del que se desprenda la existencia de amenazas o presiones de cualquier clase por parte de los hermanos Adolfo y Serafín con el fin de obtener su participación contra la voluntad de ésta en el negocio ilícito de comercialización de droga. Por el contrario, consta no solo que porta la droga en la mochila -como episodio último de los hechos- sino que siete meses antes la acusada había arrendado el “Bar O.”, desde el que se realizaron parte de las ilícitas transacciones, y durante todo este tiempo la sentencia atribuye a la acusada la participación en las actividades de tráfico, conformando así una actuación continuada y múltiple.

Su versión sobre los malos tratos se exterioriza en fase muy avanzada de la instrucción, y los informes médicos sobre sus vestigios ni pudieron concretar la fecha ni descartar su compatibilidad con un simple accidente doméstico o profesional como cocinera. Y tampoco los informes médico-psicológicos son capaces de discernir si el trastorno ansioso-depresivo detectado corresponde a una reacción a su ingreso en prisión o a otra causa.

3.- En tercer lugar, **no consta la insuperabilidad del miedo, su invencibilidad, su imposibilidad de control o dominio según el común de las personas**.

Es más, parece lógico entender (Cfr. STS de 17-6-2004, núm. 778/2004) que la gravedad de la acción que se proponía realizar es un dato valorable para medir la resistencia exigible al intimidado. Y en este caso la acción a realizar por la procesada dada su grave nocividad para la salud, exigía una resistencia extrema.

4.- Y en cuarto lugar, tampoco resulta que el miedo haya constituido el único motivo de la acción, descartándose el móvil de obtener un lucro, ya que según el “factum” venía la acusada, junto con los demás acusados, **dedicándose al ilícito tráfico durante un largo espacio de tiempo**.

SUPUESTO 2.-

La dotación de un vehículo policial que se encontraba patrullando en las inmediaciones de la discoteca G, observó a un individuo que resultó ser A, de 21 años de edad, con numerosos antecedentes policiales por hechos relacionados con el tráfico de estupefacientes, que salía de la misma y al ir a identificarlo, el joven echó a correr, en dirección a una zona próxima de aparcamiento, al tiempo que arrojaba un objeto al suelo que fue recogido por uno de los policías actuantes y en cuyo interior contenía según más tarde se pudo comprobar 6 pastillas de éxtasis.

Acto seguido, subió a un vehículo estacionado y emprendió la fuga a toda marcha, si bien, instantes después fue interceptado por el vehículo policial, cuya dotación procedió a la detención del individuo, practicando acto seguido el registro del vehículo, en cuyo maletero, escondida en el interior de la rueda de repuesto, se encontró una bolsa de plástico, que contenía, según los informes posteriores, 42 pastillas de éxtasis, de composición análoga a las contenidas en la primera bolsa.

La defensa del detenido alegó que se había practicado el registro sin la preceptiva autorización judicial.

CALIFICACIÓN JURÍDICA:

El sujeto **A**, es autor directo de un delito contra la salud pública de tráfico de estupefacientes del art. 368 C.P, en grado consumado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

La actuación policial está ajustada a Derecho, no conculcándose ningún derecho fundamental ni norma de legalidad ordinaria, pues la inspección y registro del vehículo no precisa autorización judicial, pues en este caso es una diligencia de investigación, en labor de prevención y descubrimiento de hechos delictivos, sometidos a los principios de proporcionalidad y justificación.

BIBLIOGRAFÍA

- SIAPOL
- Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Granada, D. Carlos Aranguren Sánchez.
- LXXI Curso de Policía Judicial, CEJ, 2008, impartido en CAE a alumnos del XVI curso de Subinspectores.
- Jurisprudencia de la página online.elderecho.com
- Acuerdos del Pleno de la Sala 2ª Tribunal Supremo años 2000-2009, página web Tribunal Supremo.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho Penal, parte especial, Dykinson, 15ª edición, Madrid, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, parte especial, Tirant lo blanch, 18ª edición, Valencia, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Aranzadi, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís. Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo blanch, reformas, Valencia, 2010.