

ANTONIO ZÁRATE CONDE
ELEUTERIO GONZÁLEZ CAMPO
JUAN MORAL DE LA ROSA
PEDRO DÍAZ TORREJÓN
ÁLVARO MAÑAS DE ORDUÑA

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

Tercera edición
Actualización

No se incluyen la modificación correspondiente a los capítulos 7 y 8 relativos a los Delitos contra la libertad sexual, en la medida en que, en un periodo breve de tiempo, serán modificados, pues al tiempo de la difusión de la presente adenda está siendo objeto de tramitación parlamentaria urgente (proposición de ley) una nueva regulación de tales delitos.

Una vez publicada la nueva regulación se difundirá, a la mayor brevedad posible, una nueva adenda con dicho objeto.

ÍNDICE

A CONTINUACIÓN, SE RELACIONA LOS CAPÍTULOS
Y SUS PÁGINAS MODIFICADOS

CAPÍTULO 1: páginas 22, 24, 35, 45, 47.

CAPÍTULO 2: páginas 56, 60, 61 y 63.

CAPÍTULO 3: páginas 75, 76, 82, 85, 86, 90 y 104.

CAPÍTULO 4: páginas 119 a 126.

CAPÍTULO 5: páginas 127, 135, 150, 152 a 54.

CAPÍTULO 6: página 132.

CAPÍTULO 9: página 246.

CAPÍTULO 12: página 317.

CAPÍTULO 13: página 359.

CAPÍTULO 14: página 412.

CAPÍTULO 15: páginas 428, 453, 455 y 460.

CAPÍTULO 16: páginas 489 y 490.

CAPÍTULO 17: páginas 500, 502, 504, 510 a 512, 518 y 521.

CAPÍTULO 18: páginas 531, 532 y 533.

CAPÍTULO 22: página 646, 661, 664 y 665.

CAPÍTULO 23: páginas 671 a 674, 678, 682, 695 a 697 y 699 a 701.

CAPÍTULO 25: páginas 742 a 748.

CAPÍTULO 26: páginas 752 y 754.

CAPÍTULO 31: páginas 869 a 874.

CAPÍTULO 32: página 892.

CAPÍTULO 33: páginas 913 a 936.

CAPÍTULO 34: páginas 937, 938 y 947.

CAPÍTULO 1

Página 22: añadir en el párrafo primero lo que está en negrita:
...en los artículos 138 a 143 *bis*, una...

Página 24: añadir a continuación del párrafo primero:

En cualquier caso, la nueva LO 3/2021 que regula el derecho a la eutanasia, lo configura como un nuevo Derecho civil al cual se puede acceder sólo en los supuestos expresamente contemplados y sujetándose al procedimiento establecido. Esta ley despliega sus efectos en el ordenamiento penal al reconocerse, en el art. 143.5 del CP, como excusa absoluta de cooperar de forma directa a la muerte de una persona en los casos allí recogidos y en los términos que posteriormente se expondrán.

Página 35: suprimir en el párrafo segundo “El Tribunal Supremo ... concretos actos sexuales” y poner al final del párrafo segundo de la página 34 “Esta circunstancia ...que se descubra”.

Página 45: nueva redacción del párrafo segundo del artículo 142.1:

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. Se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

Página 45: se incluye un nuevo párrafo al final del artículo 142.1:

Salvo en los casos en que se produzca utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, el delito previsto en este apartado solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Página 47: nueva redacción del párrafo segundo:

Por otra parte, la imprudencia grave conlleva en todo caso la privación de derechos mientras que en la menos grave la conlleva si se produce utilizando un vehículo a motor o ciclomotor, pero en caso de armas de fuego es facultativa... Por último, la imprudencia menos grave precisa como requisito de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada o su representante legal salvo los casos en los que se haya producido por un vehículo a motor o ciclomotor conforme establece la reforma de la LO 11/2022 de 13 de septiembre.

CAPÍTULO 2

Página 56: sustituir el párrafo segundo:

Esta LO 2/2010 fue modificada por la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de los menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Se suprime la posibilidad que confería la anterior ley de que los menores de edad pueden prestar el consentimiento por sí solos sin informar siquiera a los progenitores. De esta manera para la interrupción voluntaria del embarazo de los menores de edad será preciso además de la manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad

Página 56: añadir a continuación del párrafo anterior:

La LO 1/2023, de 28 febrero, ha modificado nuevamente la LO 2/2010 introduciendo un nuevo artículo 13 bis, edad, que especifica que las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales, derogando así la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, lo que se completa con la disposición final sexta.

Página 60: suprimir del párrafo primero: “que sin contemplar el derecho a la objeción de conciencia”.

Página 60: incluir después del párrafo primero:

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho dese ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia.

Página 60: sustituir el párrafo tercero:

El artículo 13 recoge los requisitos comunes como necesarios para que se pueda practicar la interrupción. Así es obligatorio que se realice por un médico especialista o bajo su dirección, en un centro sanitario público o privado acreditado, consentimiento expreso y escrito de la mujer, o, en su caso de su representante legal, del que se podrá prescindir en el caso de riesgo inmediato grave, previsto en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente. En el supuesto de mujeres con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se atenderá a lo dispuesto en el artículo 9.7 de la misma ley. En el caso de menores de 16 años será preciso además de su manifestación de voluntad el consentimiento expreso de sus representantes legales. En caso de discrepancia entre la menor y los llamados a prestar el consentimiento por representación, los conflictos se resolverán conforme a lo dispuesto en la legislación civil por la autoridad judicial, debiendo nombrar a la menor un defensor judicial en el seno del procedimiento y con intervención del Ministerio Fiscal. El procedimiento tendrá carácter urgente en atención a lo dispuesto en el artículo 19.6 de esta ley orgánica.

Página 60: sustituir el párrafo cuarto:

El artículo 14 condiciona la interrupción del embarazo a petición de la mujer a que se efectúe dentro de las primeras catorce semanas de gestación. La LO 1/2023, de 28 febrero, ha eliminado los requisitos de que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y de que haya transcurrido un plazo de reflexión de tres días. Esta supresión, según la Exposición de Motivos de la referida ley, se justifica en base a las recomendaciones de organismos

internacionales de derechos humanos sobre la materia sin que, en ningún momento, a este respecto, se identifiquen ni tampoco parece lógico entender, desde el sentido común, que este plazo e información pudiese llegar a coaccionar a la gestante.

Página 61: sustituir el párrafo segundo:

Ambos tipos de interrupción del embarazo se sujetan, de conformidad al artículo 17, a la información vinculada a la interrupción voluntaria del embarazo. De este modo la información prestada por el personal sanitario versará sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, quirúrgico y farmacológico, las condiciones para la interrupción previstas en esta ley orgánica, los centros públicos y acreditados a los que se podrán dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. En el caso de procederse a la interrupción voluntaria del embarazo después de las catorce semanas de gestación por causas médicas, deberá facilitarse toda la información sobre los distintos procedimientos posibles para permitir que la mujer escoja la opción más adecuada para su caso.

De igual modo el apartado segundo del artículo 14 establece que en los casos en que las mujeres así lo requieran, y nunca como requisito para acceder a la prestación del servicio, podrán recibir información sobre una o varias de las siguientes cuestiones:

- a) Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro.
- b) Datos sobre los centros que ofrecen asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.
- c) Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.
- d) Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento.

La elaboración, contenidos y formato de esta información será determinada reglamentariamente por el Gobierno, prestando especial atención a las necesidades surgidas de las situaciones de extranjería.

Esta ley será de aplicación a todas las personas que se encuentren en España, con independencia de su nacionalidad, de si disfrutan o no de residencia legal o de si son mayores o menores de edad, sin perjuicio de las precisiones establecidas en el artículo 13 bis, y siempre de acuerdo con los términos previstos en la legislación vigente en la materia sanitaria. Todas las referencias de esta ley orgánica a las mujeres relacionadas con los derechos reproductivos serán aplicables a personas trans con capacidad de gestar, lo que incluye lo previsto en relación con la salud durante la menstruación.

Se podrá prescindir del consentimiento expreso en el supuesto previsto en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente “cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Página 63: sustituir el artículo 145 bis:

Artículo 145 bis: *1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la ley, practique un aborto:*

a) Sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

b) Fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

CAPÍTULO 3

Página 75: nuevo título: LAS LESIONES. TIPOS AGRAVADOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MUTILACIÓN GENITAL. LA PARTICIPACIÓN EN RIÑA. EL CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES. **DELITOS COMETIDOS TRAVÉS DE MEDIOS TECNOLÓGICOS Y DE LA COMUNICACIÓN, QUE PRODUCEN GRAVES RIESGOS PARA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS MENORES EDAD**

Página 75: sustituir el título del epígrafe IX en el sumario: “Libertad vigilada” por “Delitos cometidos través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad”.

Página 75: añadir en el párrafo primero: artículos 147 a 156 quinqués.

Página 76: sustituir al final del último párrafo “Por último, la reforma ... en el mismo” por:

La LO 2/2020 de 16 de diciembre derogó el párrafo segundo del artículo 156 para adaptar la legislación española a la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas discapacitadas. Por último, la LO 11/2022 de 13 de septiembre, modifica el apartado segundo del artículo 152 para incluir preceptivamente en los casos de imprudencia menos grave la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor si hubiese sido utilizado para cometer el delito.

Página 82: añadir después de “animus necandi”: (STS 20-9-2021)

Página 85: sustituir en el apartado c) “ser menor de 12 años” por “ser menor de 14 años”

Página 86: sustituir en el párrafo primero “ser menor de 12 años” por “ser menor de 14 años”

Página 90: sustituir los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 152 Cp por:

2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refiere el artículo 147.1, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses, y si se causaren las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150, será castigado con la pena de multa de tres meses a doce meses.

Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres a dieciocho meses. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia menos grave aquella no calificada como grave en la que para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de alguna de las infracciones graves de las normas de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial. La valoración sobre la existencia o no de la determinación deberá apreciarse en resolución motivada.

Página 104: sustituir el título del epígrafe IX “Libertad vigilada” por “Delitos cometidos través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad”.

CAPÍTULO 4

Páginas 119 a 126: sustituir los epígrafes 5 y 6:

5. Acoso

5.1. Tipo general (art. 172 ter CP)

Artículo 172 ter CP: 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

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

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

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

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

Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

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

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

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

5. El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses.

5.1.1. Introducción

El presente delito encuentra su precedente en el término *stalking* que es un anglicismo traducido al español como acoso o acecho y que describe un cuadro psicológico conocido como síndrome del acoso apremiante. El afectado, que puede ser hombre o mujer, persigue de forma obsesiva a la víctima: la espía, la sigue por la calle, la llama por teléfono constantemente, la envía regalos, le manda cartas y *sms*, escribe su nombre en lugares públicos y, en casos extremos, llega a amenazarla y a cometer actos violentos contra ella. Esta conducta no tenía un reproche penal en España con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, aunque este supuesto específico de acoso comenzó a criminalizarse en la década de los noventa en los Estados Unidos, extendiéndose durante los últimos veinte años hacia los países de la comunidad anglosajona y algunos países de Europa, hasta llegar a España.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad de obrar, se introduce el nuevo tipo penal de acoso para ofrecer respuesta a conductas consideradas graves que no tenían un claro encaje en otras figuras criminales frente a ataques menos insidiosos que los que suponen el empleo de la violencia, como la violencia psicológica, se producen conductas reiteradas que menoscaban gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, sometida a persecuciones, vigilancias, llamadas u otros actos continuos de hostigamiento.

5.1.2. Ubicación

Este nuevo delito es introducido en el Código Penal por la LO 1/2015 se encuadra dentro de los delitos contra la libertad, concretamente en el capítulo Tercero “De las coacciones”, regulándose en el artículo 172 ter las conductas de acoso hacia una persona que alteren gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. Aun cuando afecta al derecho de libertad de actuación también se entiende comprendido el derecho a la sensación de seguridad.

5.1.3. Conducta típica

Se castiga el acoso hacia otra persona mediante la realización de las conductas que recoge el tipo penal y es importante reseñar que estas deben llevarse a cabo de forma insistente y reiterada, quedando, por tanto, a priori, fuera de la protección del tipo penal aquellas conductas aisladas y sin permanencia en el tiempo.

El tipo penal requiere además que no se esté legítimamente autorizado, por tanto, en contra de la voluntad de la víctima y algo muy importante es que con esas conductas por parte del acosador se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, llegando a causarle miedo y preocupación a ésta.

5.1.4. Primer pronunciamiento del TS: STS 324/2017, de 8 de mayo (Rec. 1775/2016)

El Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre el nuevo delito de ‘stalking’ u hostigamiento en la STS 324/2017, de 8 de mayo (Rec. 1775/2016). En esta primera aproximación al nuevo tipo penal, el Supremo estableció que la conducta para ser delito debe tener vocación de prolongarse el tiempo suficiente para provocar la alteración de la vida cotidiana de la víctima, como dice el tipo penal.

No bastan por ello unos episodios, más o menos intensos o más o menos numerosos pero concentrados en pocos días y sin nítidos visos de continuidad, que además no comporten repercusiones en los hábitos de la víctima. La Sala recuerda que, en los intentos de conceptualizar el fenómeno del *stalking* desde perspectivas extrajurídicas –sociológica, psicológica o psiquiátrica– se manejan habitualmente, con unos u otros matices, una serie de notas: persecución repetitiva e intrusiva; obsesión, al menos aparente; aptitud para generar temor o desasosiego o condicionar la vida de la víctima; oposición de ésta... Es muy frecuente en esos ámbitos exigir también un cierto lapso temporal. Algunos especialistas han fijado como guía orientativa, un periodo no inferior a un mes (además de, al menos, diez intrusiones). Otros llegan a hablar de seis meses.

Para el Supremo, esos acercamientos metajurídicos a la cuestión “no condicionan la interpretación de la concreta formulación típica que elija el legislador. Se trata de estudios desarrollados en otros ámbitos de conocimiento dirigidos a favorecer el análisis científico y sociológico del fenómeno y su comprensión clínica. Pero tampoco son orientaciones totalmente descartables: ayudan en la tarea de esclarecer la conducta que el legislador quiere reprimir penalmente y desentrañar lo que exige el tipo penal, de forma explícita o implícita”. En ese sentido, reitera que “no es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos como se ensaya en algunas definiciones, ni fijar un mínimo lapso temporal. Pero sí podemos destacar que el dato de una vocación de cierta perdurabilidad es exigencia del delito descrito en el art. 172 ter CP, pues solo desde ahí se puede dar el salto a esa incidencia en la vida cotidiana. No se aprecia en el supuesto analizado esa relevancia temporal -no hay visos nítidos de continuidad-, ni se describe en el hecho probado una concreta repercusión en los hábitos de vida de la recurrente como exige el tipo penal”.

5.1.5. Agravación

El citado artículo 172 ter CP recoge así mismo en su punto 2 una agravación cuando los hechos se lleven a cabo sobre la pareja o ex pareja, ampliando así la esfera de protección ante ciertas manifestaciones de violencia sobre la mujer, no necesitando en estos casos el requisito de la previa denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal para su persecución, siendo necesaria sin embargo cuando no nos encontremos en alguno de los supuestos anteriores al tratarse de un delito semipúblico.

5.2. Tipo específico

Artículo 172 quater CP: 1. *El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.*

2. *Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.*

3. *Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.*

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

5. *En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.*

Se trata de un tipo penal introducido por la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo.

Su justificación, según su exposición de motivos, radica en que se considera imprescindible garantizar una zona de seguridad alrededor de los centros sanitarios que facilitan la interrupción voluntaria del embarazo de forma que quede garantizada la intimidad de las mujeres, su libertad y seguridad física y moral, así como su derecho a la libre circulación y de este modo garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

6. Divulgación no consentida o grabaciones de carácter íntimo (art. 197.7 CP)

Artículo 197.7 CP: *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

6.1. Introducción

Este precepto ha sido recientemente modificado por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, para la inclusión del párrafo segundo, con el objeto de extender el objeto de tutela a los terceros que participen en la cadena de reenvíos.

Para un sector de la doctrina¹ con el art. 197.7 CP se amplía la tutela del bien jurídico intimidad al introducir una nueva modalidad² mediante la que se castiga de forma específica el *revenge porn*, una especie de venganza pornográfica consistente en la divulgación de imágenes o vídeos realizados en un contexto de intimidad, con el consentimiento de la víctima, para, en un momento posterior (normalmente tras la separación) ser divulgados sin consentimiento alguno.

¹ Colás Turégano, Asunción, *Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter)*. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanch. 2015. Pág. 665.

² Sin perjuicio de alguna, aunque aislada, sentencia condenatoria por un delito contra la intimidad (SAP de Almería de 2 de Noviembre de 2005, que alude a la falta de consentimiento para la difusión por lo que sí tendría cabida el delito, o la SAP Baleares de 13-10-2011, que condena por entender que el consentimiento en la entrega del mismo no implica el otorgamiento de un poder de disposición tan amplio que autorice su difusión), o incluso por algún otro delito, la existencia múltiples pronunciamientos absolutorios (entre otros, SAP de Huelva, de 15 de Febrero de 2002, SAP de Palencia de 28 de Junio de 2006, y de mayor relevancia pública el auto de 15 de Marzo de 2015, del Juzgado de Instrucción nº1 de Orgaz en el conocido "caso Hormigos") ponía de manifiesto la necesidad de una reforma que evitase ciertos espacios de impunidad en la comisión de determinados hechos ilícitos.

En definitiva, como apuntan Díaz Torrejón y Valverde Mejías la conducta consiste en que una persona capte o deje captar imágenes propias (ya sean fotografías o vídeos), tomadas en un ámbito reservado e íntimo (no exclusivamente de índole sexual, por lo que tiene un ámbito mayor que el fenómeno conocido como *sexting*), para, posteriormente, ser difundido el material obtenido por el sujeto activo a terceros sin contar con el consentimiento de la persona afectada³.

6.2. Requisitos

En cuanto a los requisitos típicos, éstos son los siguientes:

6.2.1. Falta de autorización de la víctima para la difusión del material obtenido

La ausencia del consentimiento del sujeto pasivo del delito para la difusión a terceros del material obtenido suponía, hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015, el obstáculo insalvable para el castigo de esta conducta, que se veía abocada a la impunidad. En el tipo del art 197.7 CP, la particularidad radica, en que el titular del bien jurídico protegido ha permitido, en un determinado momento, el acceso de un tercero a una parcela privada de intimidad. Por lo tanto, contamos un consentimiento inicial para penetrar en terrenos propios y privados del sujeto pasivo. No obstante, ese consentimiento no supone un “visado completo” para el uso que del material exhibido u obtenido pueda hacer el intruso autorizado.

6.2.2. Objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales. Lugar de captación: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”

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

Por tanto, una primera conclusión que podemos destacar en relación con el objeto material del delito, es que las imágenes o grabaciones audiovisuales captadas no tienen por qué ser, necesariamente, de carácter sexual. Para estos autores, puede tratarse de imágenes relacionadas con ritos o prácticas espirituales o con cualquier otro tipo de actividad considerada íntima. Por lo tanto, el ámbito del art 197.7 CP excede, en mucho, del propio del *sexting* o *revenge porn*, pudiéndose incluir todas aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales que afectan al “núcleo duro” de la intimidad (sexualidad, salud, creencias religiosas, orientación política...). La STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020, (Marchena Gómez), apunta que: “*Si bien es cierto que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El artículo 197.7 CP alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única*”.

También cabe concluir, que el elemento típico imágenes o grabaciones audiovisuales, deja fuera del castigo penal la difusión de grabaciones de audio no acompañadas de vídeo,

³ Díaz Torrejón, Pedro/Valverde Mejías, Roberto, *Tratamiento Penal del Sexting*. Revista del Ministerio Fiscal, nº 1.

lo que ha sido también criticado por la doctrina⁴, que ha afirmando no comprender la razón que conduce a limitar la prohibición de la difusión incosentida exclusivamente a la imagen, no pudiendo alcanzar a grabaciones sonoras o a los textos escritos, citando como ejemplo el de una grabación de voz mientras se están manteniendo relaciones sexuales o conversaciones íntimas de naturaleza sexual, exigiendo que si el legislador realmente toma en cuenta los riesgos del nuevo escenario digital, y no responde sólo a anécdotas mediáticas, deber reforzar la idea de la expectativa de la privacidad y ayudar a formular correctamente el contenido del “consentimiento no extensivo”. No obstante, Rodríguez Fernández⁵ considera que no es forzar demasiado la tipicidad del art. 197.7 CP entender que el precepto comprende todo tipo de materiales de audio o vídeo.

En relación con el lugar de captación de las imágenes, las mismas deben haber sido obtenidas en un “contexto de reserva”, si bien, en opinión de Castiñeira Palou/Estrada i Cuadras⁶, no está claro si el contenido de injusto consiste en la defraudación de la confianza (vulneración de un compromiso expreso o tácito de reserva) o en la vulneración del derecho a controlar las imágenes íntimas de uno mismo, incluso cuando han sido obtenidas con consentimiento de quien las protagoniza. En su opinión, la primera opción, más restrictiva, parece la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. La otra implica considerar que la facultad de consentir a terceros la captación de imágenes de uno mismo y controlar posteriormente su difusión es tan fundamental en nuestra sociedad que justifica la restricción general de la libertad y el riesgo de condena de inocentes inherente a toda prohibición penal.

Lugar de obtención: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”.

Para que se cumplan todas las exigencias del precepto es necesario que las imágenes o grabaciones no se hayan tomado en cualquier lugar o de cualquier forma, sino que el art 197.7 CP exige que las mismas se obtengan: “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. En este sentido, la citada STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020, proclama que: *“El domicilio es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad”*.

Esta redacción, en opinión de Martínez Otero⁷ resulta superflua y alambicada. Superflua por cuanto no parece necesario especificar los lugares en los que pueden realizarse grabaciones que afecten gravemente a la intimidad de las personas. Y alambicada al recurrir a un concepto netamente jurídico, como es el de domicilio, junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso, cual es el de “lugares fuera del alcance de la mirada de terceros”. En su opinión, resultaría más sencillo hablar de “lugares privados”, en contraposición con los “lugares abiertos al público” que la Ley Orgánica 1/1982 emplea

⁴ Lloria García, Paz, *La difusión incoconsentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*. El derecho.com. Octubre 2013.

⁵ Rodríguez Fernández, Ignacio, *Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por L.O. 1/15. Pág 14.

⁶ Castiñeira Palou, M.^a Teresa/ Estrada i Cuadras. Albert, op., cit, p. 162.

⁷ Martínez Otero, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*. Derecom. Diciembre-Febrero 2013. Pág 10.

para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas públicas, ya que esta terminología goza de una amplia y acendrada interpretación jurisprudencial, que facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal.

6.2.3. Afectación a intimidad. Análisis del requisito: “que menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”

Elemento normativo del tipo es que “la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal”. El delito adolece en este punto de una gran indefinición, planteándose la cuestión acerca de qué debemos de entender sobre aquel concepto.

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

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

El tipo se configuraba, hasta la LO 10/20, como un delito especial de propia mano, por cuanto, sujeto activo del delito solo podía resultar aquel que hubiera obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones audiovisuales de éste, y las extrae del reducto de la intimidad de la víctima, mediante la realización de la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido. Tras la citada reforma, podrán también ser sujetos activos los terceros que participen en la cadena de reenvíos.

Según la STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020: *“Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas”*.

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

6.2.5. Conducta típica

Las exigencias típicas del precepto quedan colmadas si el sujeto activo difunde, revela o cede a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales. Según el diccionario de la RAE el término difundir equivale a extender, esparcir, propagar físicamente algo, mientras que revelar equivale a descubrir o manifestar lo ignorado o secreto y ceder implica dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho, de donde se deduce (Colás

Turégano⁸) que, en principio, parece tener una mayor potencialidad lesiva la primera, ya que es el propio sujeto activo el que divulga o propaga el material obtenido a un número indeterminado de personas, y el sujeto activo pierde todo control sobre las imágenes o grabaciones descubiertas o cedidas y se multiplica la capacidad ofensiva para el bien jurídico.

La STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020, señala que: *“No podemos aferrarnos a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescindiera de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes obtenidas con la aquiescencia de la víctima y que afecten gravemente a su intimidad”*.

No obstante, como apunta Rodríguez Fernández⁹, al prever el tipo una horquilla de pena el juzgador puede castigar más gravemente la difusión a un gran público frente al castigo menor que ha de reservar a una revelación puntual.

⁸ Colás Turégano, Asunción, op., cit, p. 669.

⁹ Rodríguez Fernández, Ignacio, op., cit, p. 15.

CAPÍTULO 5

Página 127: sustituir en el párrafo primero el artículo “172 ter” por “172 quater”.

Página 135: añadir al final del párrafo tercero, después de “...a los funcionarios del Ministerio Fiscal”: “y los Fiscales de la Fiscalía Europea”.

Página 150: añadir un apartado 4 al artículo 172 bis:

4. En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos.

Páginas 152 y 153: sustituir el apartado 1 y añadir un nuevo apartado 5 del artículo 172 ter:

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

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

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

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

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

5. El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. Si la víctima del delito es un menor o una persona con discapacidad, se aplicará la mitad superior de la condena.

Página 154: añadir un nuevo párrafo entre el cuarto y el quinto:

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual ha introducido un nuevo apartado quinto tipificando una conducta que produzca una situación de acoso, hostigamiento o humillación sin necesidad de que llegue a producir una alteración del normal desarrollo de su vida. Estas conductas se producían en la práctica y tenían hasta ahora difícil encaje legal.

Página 154: poner en letra pequeña el párrafo quinto y añadir al final:

La STS 843/2021, de 4 de noviembre, establece que los actos de acoso deben ser persistentes, durar en el tiempo, la conducta de acoso debe ser objetivable y no ser actos que provoquen una mera molestia en el afectado sino afectación grave deducible de la conducta acosadora.

Página 154: añadir al final de la página:

Artículo 172 quater CP: *1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.*

2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.

3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

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

5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

Este artículo único de la LO 4/2022, de 12 de abril, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para penalizar el acoso a las mujeres que acuden a clínicas para la interrupción voluntaria del embarazo encuentra su fundamento en proporcionar seguridad jurídica tanto a las mujeres que quieren interrumpir el embarazo como a los profesionales que participan en el aborto. En cualquier caso, su introducción resulta discutible desde una óptica de política criminal pudiendo haber encontrado mejor encaje en otras modalidades delictivas como el delito de coacción del artículo 172.

CAPÍTULO 6

Página 132: sustituir al final del segundo párrafo (STS 1-2-2012) por (STS 1-2-2012 y STS 758/2022 de 15 de 10).

CAPÍTULO 9

Página 246: sustituir el epígrafe 2.4:

2.4. Difusión no consentida de captaciones íntimas de la imagen (art. 197.7 CP)

Artículo 197.7 CP: *Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Este precepto ha sido recientemente modificado por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, para la inclusión del párrafo segundo, con el objeto de extender el objeto de tutela a los terceros que participen en la cadena de reenvíos.

Para un sector de la doctrina¹⁰ con el art. 197.7 CP se amplía la tutela del bien jurídico intimidad al introducir una nueva modalidad¹¹ mediante la que se castiga de forma específica el *revenge porn*, una especie de venganza pornográfica consistente en la divulgación de imágenes o vídeos realizados en un contexto de intimidad, con el consentimiento de la víctima, para, en un momento posterior (normalmente tras la separación) ser divulgados sin consentimiento alguno.

En definitiva, como apuntan Díaz Torrejón y Valverde Mejías la conducta consiste en que una persona capte o deje captar imágenes propias (ya sean fotografías o vídeos), tomadas en un ámbito reservado e íntimo (no exclusivamente de índole sexual, por lo que tiene un ámbito mayor que el fenómeno conocido como *sexting*), para, posteriormente,

¹⁰ Colás Turégano, Asunción, *Nuevas Conductas delictivas contra la intimidad (art 197, 197 bis, 197 ter)*. Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015. Tirant lo Blanch. 2015. Pág 665.

¹¹ Sin perjuicio de alguna, aunque aislada, sentencia condenatoria por un delito contra la intimidad (SAP de Almería de 2 de Noviembre de 2005, que alude a la falta de consentimiento para la difusión por lo que sí tendría cabida el delito, o la SAP Baleares de 13-10-2011, que condena por entender que el consentimiento en la entrega del mismo no implica el otorgamiento de un poder de disposición tan amplio que autorice su difusión), o incluso por algún otro delito, la existencia múltiples pronunciamientos absolutorios (entre otros, SAP de Huelva, de 15 de Febrero de 2002, SAP de Palencia de 28 de Junio de 2006, y de mayor relevancia pública el auto de 15 de Marzo de 2015, del Juzgado de Instrucción nº1 de Orgaz en el conocido "caso Hormigos") ponía de manifiesto la necesidad de una reforma que evitase cierto espacios de impunidad en la comisión de determinados hechos ilícitos.

ser difundido el material obtenido por el sujeto activo a terceros sin contar con el consentimiento de la persona afectada¹².

En cuanto a los requisitos típicos, éstos son los siguientes:

1. Falta de autorización de la víctima para la difusión del material obtenido.

La ausencia del consentimiento del sujeto pasivo del delito para la difusión a terceros del material obtenido suponía, hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015, el obstáculo insalvable para el castigo de esta conducta, que se veía abocada a la impunidad. En el tipo del art 197.7 CP, la particularidad radica, en que el titular del bien jurídico protegido ha permitido, en un determinado momento, el acceso de un tercero a una parcela privada de intimidad. Por lo tanto, contamos un consentimiento inicial para penetrar en terrenos propios y privados del sujeto pasivo. No obstante, ese consentimiento no supone un “visado completo” para el uso que del material exhibido u obtenido pueda hacer el intruso autorizado.

2. Objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales.

Lugar de captación: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”.

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

Por tanto, una primera conclusión que podemos destacar en relación con el objeto material del delito, es que las imágenes o grabaciones audiovisuales captadas no tienen por qué ser, necesariamente, de carácter sexual. Para estos autores, puede tratarse de imágenes relacionadas con ritos o prácticas espirituales o con cualquier otro tipo de actividad considerada íntima. Por lo tanto, el ámbito del art 197.7 CP excede, en mucho, del propio del *sexting* o *revenge porn*, pudiéndose incluir todas aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales que afectan al “núcleo duro” de la intimidad (sexualidad, salud, creencias religiosas, orientación política...). La STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020 (Marchena Gómez), apunta que: *“Si bien es cierto que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El artículo 197.7 CP alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única”*.

También cabe concluir, que el elemento típico imágenes o grabaciones audiovisuales, deja fuera del castigo penal la difusión de grabaciones de audio no acompañadas de vídeo, lo que ha sido también criticado por la doctrina¹³, que ha afirmado no comprender la razón que conduce a limitar la prohibición de la difusión incosentida exclusivamente a la imagen, no pudiendo alcanzar a grabaciones sonoras o a los textos escritos, citando como

¹² Díaz Torrejón, Pedro/Valverde Mejías, Roberto, *Tratamiento Penal del Sexting*. Revista del Ministerio Fiscal, n.º 1.

¹³ Lloria García, Paz, *La difusión incosentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013*. El derecho.com. Octubre 2013.

ejemplo el de una grabación de voz mientras se están manteniendo relaciones sexuales o conversaciones íntimas de naturaleza sexual, exigiendo que si el legislador realmente toma en cuenta los riesgos del nuevo escenario digital, y no responde sólo a anécdotas mediáticas, deber reforzar la idea de la expectativa de la privacidad y ayudar a formular correctamente el contenido del “consentimiento no extensivo”. No obstante, Rodríguez Fernández¹⁴ considera que no es forzar demasiado la tipicidad del art. 197.7 CP entender que el precepto comprende todo tipo de materiales de audio o vídeo.

En relación con el lugar de captación de las imágenes, las mismas deben haber sido obtenidas en un “contexto de reserva”, si bien, en opinión de Castiñeira Palou/ Estrada i Cuadras¹⁵, no está claro si el contenido de injusto consiste en la defraudación de la confianza (vulneración de un compromiso expreso o tácito de reserva) o en la vulneración del derecho a controlar las imágenes íntimas de uno mismo, incluso cuando han sido obtenidas con consentimiento de quien las protagoniza. En su opinión, la primera opción, más restrictiva, parece la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. La otra implica considerar que la facultad de consentir a terceros la captación de imágenes de uno mismo y controlar posteriormente su difusión es tan fundamental en nuestra sociedad que justifica la restricción general de la libertad y el riesgo de condena de inocentes inherente a toda prohibición penal.

Lugar de obtención: “domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”.

Para que se cumplan todas las exigencias del precepto es necesario que las imágenes o grabaciones no se hayan tomado en cualquier lugar o de cualquier forma, sino que el art 197.7 CP exige que las mismas se obtengan: “en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros”. En este sentido, la citada STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020, proclama que: *“El domicilio es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad”*.

Esta redacción, en opinión de Martínez Otero¹⁶ resulta superflua y alambicada. Superflua por cuanto no parece necesario especificar los lugares en los que pueden realizarse grabaciones que afecten gravemente a la intimidad de las personas. Y alambicada al recurrir a un concepto netamente jurídico, como es el de domicilio, junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso, cual es el de “lugares fuera del alcance de la mirada de terceros”. En su opinión, resultaría más sencillo hablar de “lugares privados”, en contraposición con los “lugares abiertos al público” que la Ley Orgánica 1/1982 emplea para justificar la captación y reproducción de la imagen de personas públicas, ya que esta terminología goza de una amplia y acendrada interpretación jurisprudencial, que facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal.

¹⁴ Rodríguez Fernández, Ignacio, *Tutela penal de la "privacidad compartida". Reflexiones sobre el nuevo tipo de difusión de grabaciones audiovisuales íntimas*. Ponencia impartida en la Escuela de Verano del MF: la reforma del CP operada por LO 1/2015. Pág 14.

¹⁵ Castiñeira Palou, M.ª Teresa/ Estrada i Cuadras. Albert, op., cit, p. 162.

¹⁶ Martínez Otero, Juan María, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*. Derecom. Diciembre-Febrero 2013. Pág 10.

3. Afectación a intimidad. Análisis del requisito: “que menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

Elemento normativo del tipo es que “la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal”. El delito adolece en este punto de una gran indefinición, planteándose la cuestión acerca de qué debemos de entender sobre aquel concepto.

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

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

El tipo se configuraba, hasta la LO 10/20, como un delito especial de propia mano, por cuanto, sujeto activo del delito solo podía resultar aquel que hubiera obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones audiovisuales de éste, y las extrae del reducto de la intimidad de la víctima, mediante la realización de la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido. Tras la citada reforma, podrán también ser sujetos activos los terceros que participen en la cadena de reenvíos.

Según la STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020: “*Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas*”.

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

5. Conducta típica.

Las exigencias típicas del precepto quedan colmadas si el sujeto activo difunde, revela o cede a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales. Según el diccionario de la RAE el término difundir equivale a extender, esparcir, propagar físicamente algo, mientras que revelar equivale a descubrir o manifestar lo ignorado o secreto y ceder implica dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho, de donde se deduce (Colás Turégano¹⁷) que, en principio, parece tener una mayor potencialidad lesiva la primera, ya que es el propio sujeto activo el que divulga o propaga el material obtenido a un número

¹⁷ Colás Turégano, Asunción, op., cit, p. 669.

indeterminado de personas, y el sujeto activo pierde todo control sobre las imágenes o grabaciones descubiertas o cedidas y se multiplica la capacidad ofensiva para el bien jurídico.

La STS 70/2020, de 4 de febrero de 2020, señala que: *“No podemos aferrarnos a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes obtenidas con la aquiescencia de la víctima y que afecten gravemente a su intimidad”*.

No obstante, como apunta Rodríguez Fernández¹⁸, al prever el tipo una horquilla de pena el juzgador puede castigar más gravemente la difusión a un gran público frente al castigo menor que ha de reservar a una revelación puntual.

¹⁸ Rodríguez Fernández, Ignacio, op., cit, p. 15.

CAPÍTULO 12

Página 317: sustituir el epígrafe 2:

2. El tipo especial privilegiado y sus límites en caso de multirreincidencia

Artículo 234.2 CP: *Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235. No obstante, en el caso de que el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Título, aunque sean de carácter leve, siempre que sean de la misma naturaleza y que el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 €, se impondrá la pena del apartado 1 de este artículo.*

No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

El primer inciso el apartado 2 del art. 234 CP configura un tipo especial privilegiado de hurto, en función del valor del objeto sobre el que recae, igual o inferior a 400 euros, que, por la pena asignada, de multa de uno a tres meses, comprendida dentro del tramo del art. 33.4 g) CP, constituye un **delito leve**.

Esta figura penal privilegiada aparece, sin embargo, delimitada negativamente en el propio precepto que establece la aplicación preferente del art. 235 CP, que prevé una pena de uno a tres años de prisión en varios supuestos, entre ellos el previsto en la circunstancia 7ª de su apartado 1, que se refiere al culpable que hubiera sido ejecutoriamente condenado por tres delitos comprendidos en el mismo título y de la misma naturaleza. Como se desarrollará más ampliamente en el apartado dedicado al art. 235 CP, la jurisprudencia ha auspiciado una interpretación restrictiva de este precepto que le ha llevado a excluir, por razones de proporcionalidad de la respuesta penal, su aplicación **en aquellos casos en que las condenas anteriores hubieran sido por delito leve**.

Al hilo de esta línea jurisprudencial, la LO 9/2022, de 28 de julio, introdujo el inciso segundo del art. 234.2 CP, para castigar con la misma pena del tipo básico del art. 234.1 CP el hurto de bienes de un valor igual o inferior a 400 euros cuando el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título, **aunque sean de carácter leve**, siempre que sean de la misma naturaleza y que **el montante acumulado de las infracciones sea superior a 400 euros**.

La exposición de motivos de la LO 9/2022, en su apartado IV, funda la necesidad de la reforma en que la interpretación jurisprudencial dada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al art. 235.1.7ª CP “*Está suponiendo que los delitos leves de hurto que se cometen de manera multirreincidente no cuenten con una suficiente respuesta penal, a pesar de que son delitos que están siendo objeto de una creciente preocupación por afectar directamente no solo al turismo, al comercio y a la economía en general, sino también a la propia seguridad de los ciudadanos*”, por lo que “para evitar el salto desproporcionado de pena criticado por el Tribunal Supremo, se opta por aumentar la pena de estos delitos de hurto leve, pero sin llegar a la pena de prisión del tipo agravado del artículo 235.1 del Código Penal. Se prevé así que en los casos de hurtos leves o inferiores a 400 euros se aumente la pena siempre que el autor sea multirreincidente y la cuantía total de lo sustraído, incluyendo los delitos de hurto cometidos con anterioridad, exceda los 400 euros. En tal caso, sin embargo, se deberá imponer no ya la pena del tipo

agravado del artículo 235.1 del Código Penal, sino la pena del tipo básico del artículo 234.1 del Código Penal, que es una pena de prisión de 6 a 18 meses. De esta forma, se consigue dar a los casos de multirreincidencia una respuesta penal más disuasoria y ajustada a la gravedad de la conducta, sin incurrir en un incremento desproporcionado de la pena”.

La **Circular FGE 1/2022, de 12 de diciembre**, sobre la reforma del delito de hurto operada en virtud de la **Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio**, verifica un exhaustivo análisis de esta figura, de sus relaciones concursales con otras normas penales y de su aplicabilidad en caso de continuidad delictiva.

Páginas 357 a 359: sustituir el apartado 2:

2. Fraude informático y por medios de pago distintos del efectivo

2.2. Tipo objetivo

El art. 249 CP regula conjuntamente el fraude realizado por medios informáticos y el realizado por medios de pago distintos del efectivo. Su redacción actual quedó fijada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que traspuso en esta materia la **Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo**. Se contempla este tipo de conductas como una amenaza para la seguridad de dimensión transnacional, al constituir una fuente de ingresos de la delincuencia organizada, y como un obstáculo para el funcionamiento del mercado único digital, al socavar la confianza de los consumidores en su uso.

Estructura típica: se trata de delitos de medios determinados que tienen por cometido asegurar el castigo de aquellas transmisiones ilegítimas de dinero o valor monetario en las que, al no ser preciso que se haya producido un contacto o interacción personal entre el sujeto activo y el pasivo de la infracción, no siempre es posible verificar la existencia del engaño bastante constitutivo del tipo común de estafa del artículo 248 CP.

El **bien jurídico** protegido es, obviamente, el patrimonio de las personas físicas o jurídicas susceptible de verse menoscabado por este tipo de artificios, pero lo es también, de forma no menos intensa, la confianza de la sociedad en el regular funcionamiento de los diversos sistemas de transferencia de valor y de pago que actualmente facilitan las relaciones personales y comerciales, con especial énfasis en los sistemas digitales.

2.2. Modalidades

2.2.1. Fraude informático

Artículo 249.1 CP: *También se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años:*

a) Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, consigan una

transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

La configuración normativa básica de la defraudación informática, entendida como aquella en la que el autor se vale “de alguna manipulación informática o artificio semejante” para conseguir “la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero” se recogía en la redacción original del CP 95 como modalidad de la estafa (art. 248.2 CP) con el fin de dar una respuesta penal adecuada a conductas de dudoso encaje en el tipo clásico de estafa.

Se caracteriza, como señala la **STS 49/2020, de 12 de febrero**, porque “a diferencia de lo que ocurre respecto a la estafa prevista en el nº 1 del artículo 248 del CP, el engaño ya no es un elemento básico ni es de imprescindible presencia. Se ha visto sustituido en esa función por los artificios prohibidos. En palabras de la STS 533/2007 de 12 de junio, no es precisa la concurrencia de engaño alguno por el estafador, porque el acecho a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal”.

En palabras de la **STS 509/2018, de 26 de octubre**, “subsiste la defraudación mientras que el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio, por la *manipulación informática* donde lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima como la alteración de los elementos físicos, o la alteración de su programación, o bien por un *artificio semejante*, que concorde la jurisprudencia citada, comprende la utilización de los datos auténticos sin la debida autorización, pues no cabe olvidar que una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco”.

El tenor actual del art. 249.1 a) CP, tributario, como ya se ha dicho, de la LO 14/2022, especifica como posibles objetos de la acción típica:

a) Un sistema de información. La acción típica consiste entonces en interferir el sistema, alterar su funcionamiento u obstaculizarlo, para conseguir la transferencia ilegítima de valor.

b) Datos informáticos, mediante su introducción en un sistema o programa para lograr la transferencia dineraria, o, en su caso, mediante su alteración, borrado, transmisión o supresión.

Ejemplos recurrentes en la práctica de estas formas de defraudación son los ataques que explotan la vulnerabilidad del software de los servidores DNS (*Domain Name System*) de una empresa, o del equipo del propio usuario, para redireccionar el nombre de dominio a otra máquina distinta controlada por el infractor, que captura así los datos de la víctima (*pharming*), o la obtención, mediante técnicas de ingeniería social, de nombres de usuario, contraseñas y claves que luego se utilizan para verificar transferencias o compras en línea no autorizadas por su legítimo titular (*phising, smishing*).

2.2.2. Utilización fraudulenta de medios de pago

Artículo 249.1 CP: También se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años:

(...)

b) Los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

El uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito y de cheques de viaje, o de sus datos, entendiéndose por tal el no autorizado por su titular, porque la tarjeta ha sido previamente sustraída o apropiada de manera indebida, ya era una modalidad especial del delito de estafa desde que la LO 5/2010, de 22 de junio la introdujo en el art. 248.1 c) CP.

Tras la LO 14/2022 esta figura típica se ubica en el art. 249.1 b) CP, y se expande materialmente para abarcar, sin restricción aparente, el uso de cualquier medio de pago, material o inmaterial, o de los datos incorporados al mismo, ofreciéndose una definición auténtica de lo que ha de ser entendido como instrumento de pago a efectos penales en el art. 399 ter CP.

Artículo 399 ter CP: A los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio.

Esta definición se extrae de la Directiva 2019/713 [art. 1 a)], que se refiere a un dispositivo, objeto o registro dotado de medidas de seguridad contra la imitación o la utilización fraudulenta, como pueden ser un diseño, un código o una firma [art. 1 b)].

Se penaliza, por lo tanto, cualquier uso ilegítimo de una tarjeta de crédito o débito ajena, sustraída o apropiada indebidamente, sin previa alteración o manipulación de la misma – p.e., haciéndose pasar por su titular–, como también el uso de los datos de la misma – número, fecha de caducidad, código de verificación– en operaciones comerciales presenciales, telemáticas –por email– o electrónicas –en páginas web, aplicaciones móviles–, así como el uso ilegítimo de los cheques de viaje y de cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo.

También se penalizan las transmisiones no autorizadas de dinero electrónico, monedas virtuales y criptoactivos, estos dos últimos en la medida en que puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos. La moneda virtual se define en el 2 d) de la Directiva 2019/713, como la “representación digital de valor que no ha sido emitida ni está garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no está necesariamente asociada a una moneda de curso legal ni posee la condición jurídica de moneda o dinero, pero que es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos”.

En el caso de que los instrumentos de pago distintos del metálico hayan sido previamente falsificados o alterados se aplica el art. 399 bis, 3 CP, que castiga con una pena más severa, de dos a cinco años de prisión, al que sin haber intervenido en la falsificación los usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad.

Artículo 249 CP: (...) 2. Con la misma pena prevista en el apartado anterior serán castigados:

a) Los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaren o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo.

b) Los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo.

3. Se impondrá la pena en su mitad inferior a los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales o inmateriales distintos del efectivo.

Siguiendo los dictados de política criminal emanados de la Directiva 2019/713, se adelanta la barrera de la punición a conductas de adquisición, posesión o transmisión de medios idóneos para perpetrar estas modalidades de fraude.

CAPÍTULO 13

Página 359: sustituir el epígrafe 3:

3. Penalidad

Artículo 248, párrafos 2º y 3º: *Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.*

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

El párrafo segundo fija la pena aplicable al tipo básico de estafa y los criterios que han de usarse para su individualización.

El párrafo tercero recoge el delito leve de estafa, cuando la cuantía de lo defraudado no excede de 400 euros, cuyo enjuiciamiento corresponde al juez de instrucción por el cauce procesal de Libro VI de la LECrim.

Página 370: sustituir el artículo 252 CP:

Artículo 252 CP: *1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.*

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Página 375: sustituir el artículo 253 CP:

Artículo 253 CP: *1. Serán castigados con las penas del artículo 248 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

CAPÍTULO 14

Página 412: añadir el epígrafe 2.3.:

2.3. Excusa absolutoria

Artículo 262.3 CP: *Quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en este artículo, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

- a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso,*
- b) estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia,*
- c) dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales o anteriores de la sociedad, constituida o en formación, hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos,*
- d) se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores.*

En este apartado se recoge una excusa absolutoria que libera de pena a quienes colaboran con las autoridades en el esclarecimiento de las prácticas anticompetitivas previstas en los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, susceptibles de alcanzar relevancia penal: se trata de la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 CP) y la alteración de precios (art. 284.1º CP).

Fue introducida por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, con el declarado propósito de completar la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, *encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior*, conocida como Directiva ECN+.

La norma europea busca garantizar la aplicación uniforme de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y para ello insta a los Estados miembros a que prevean una exención o reducción de la responsabilidad penal de las personas que presten una cooperación activa (art. 23.2).

Nuestro legislador ha optado por la exención, apelando a razones sobre las que se extiende en el apartado III de la exposición de motivos de la LO 14/2022.

Requisitos subjetivos: la excusa absolutoria tiene como sujetos destinatarios a las personas físicas que, en el ejercicio de cargos directivos en las sociedades o empresas, se hayan implicado personalmente en alguna de las conductas sancionadas por la Ley de Defensa de la Competencia con multa y que conlleven una posible relevancia penal. No se prevé la exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Requisitos objetivos: la primera condición para acceder a la exención penal es que se haya solicitado previamente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la exención de la multa que les pudiera imponer, para lo cual deberán cumplir con las exigencias establecidas en el art. 65 de la Ley de Defensa de la Competencia, en síntesis, que sea la primera persona o empresa en aportar elementos de prueba que, a juicio de la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, le permitan desarrollar la investigación del cártel, siempre y cuando en el momento de su aportación no dispusiera de elementos suficientes para ordenar la misma, y que se cumplan además estos requisitos:

- a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.
- b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.
- c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.
- d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

La segunda condición es que mantengan su actitud de cooperación activa ante el ministerio fiscal o la autoridad judicial, proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito y el descubrimiento de otros autores.

Requisito temporal: la solicitud de exención de la multa tiene que haberse presentado antes de que las personas físicas potencialmente beneficiarias de la excusa absolutoria hayan sido informadas de que están siendo investigadas en relación con estos hechos.

Finalidad: el fundamento de política criminal que anida en la excusa absolutoria, tal y como aparece configurada, es, claramente, asegurar la eficacia de los esquemas de clemencia patrocinados por el Derecho de la UE para combatir, mediante la disuasión, los acuerdos y prácticas colusorias entre empresas, programas han demostrado en los últimos años su eficacia frente a conductas que resultan de difícil investigación y prueba si no se cuenta con informantes.

El art. 262.3 CP plantea, precisamente por ello, un problema de acomodación sistemática en el orden penal interno, pues no incluye al informante que revela directamente ante los órganos de investigación criminal -policía judicial, ministerio fiscal o autoridad judicial- la existencia del cártel secreto, sin haber pretendido antes eximirse de la multa por el trámite del art. 65 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La cooperación directa con la investigación criminal se beneficiaría de la circunstancia atenuante genérica de confesión de la infracción del art. 21.4ª CP, pero no de la exención

plena, lo que representa una desconcertante asimetría en la respuesta penal ofrecida a una forma de cooperación activa con las autoridades de semejante significación político criminal.

CAPÍTULO 15

Página 428: añadir al final del párrafo quinto:

El TS en STS 546/2022 de 2 junio entiende que la emisión de partidos de fútbol no tiene encaje en la noción de obra o prestación literaria, artística o científica.

Página 453: sustituir el párrafo 5 del artículo 285 CP:

5. Las mismas penas previstas en este artículo se impondrán cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.

Página 455: añadir antes del epígrafe 3.4.:

La LO 14/2022 de 23 de diciembre, ha modificado el apartado 5 del artículo 285 a efecto de trasponer lo recogido por la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, y prever una pena privativa de libertad cuya duración máxima sea de, al menos, cuatro años. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, no introdujo, sin embargo, esta previsión. Así, la duración máxima de la pena indicada en este apartado en la actualidad resulta inferior a cuatro años, que es la que exige para estos supuestos la Directiva 2014/57/UE. Es por ello que la presente ley orgánica extiende al apartado 5 del artículo 285 la aplicación de las penas señaladas en el resto del artículo para el tipo general del apartado 1 y el tipo agravado del apartado 3, cuya duración máxima sí supera los cuatro años exigidos por la norma europea.

Página 460: añadir al final:

Artículo 288 bis CP: *En los supuestos previstos en los artículos 281 y 284 de este Código, quedarán exentos de responsabilidad criminal los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en formación, que en esa condición hayan cometido alguno de los hechos previstos en ellos, cuando pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes de manera plena, continua y diligente, aportando informaciones y elementos de prueba de los que estas carecieran, que sean útiles para la investigación, detección y sanción de las demás personas implicadas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Cooperen activamente en este sentido con la autoridad de la competencia que lleva el caso; b) Estas sociedades o personas físicas hayan presentado una solicitud de exención del pago de la multa de conformidad con lo establecido en la Ley de Defensa de la Competencia; c) Dicha solicitud se haya presentado en un momento anterior a aquel en que los directores, administradores de hecho o de Derecho, gerentes y otros miembros del personal actuales y anteriores de cualquier sociedad, constituida o en Formación, que en esa condición hayan sido informados de que están siendo investigados en relación con estos hechos; d) Se trate de una colaboración activa también con la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal proporcionando indicios útiles y concretos para asegurar la prueba del delito e identificar a otros autores.*

CAPÍTULO 16

Página 489: añadir al final del párrafo primero:

La STS 2611/2019 de 23 de julio que señala que *“La actuación culposa exige de la producción de un resultado que constituya la parte objetiva de un tipo doloso, a partir de la previsión de un peligro para el bien jurídico que el tipo penal protege, y la voluntaria desatención de una norma de cuidado que obligaba a comportarse de una determinada manera. La imprudencia es además grave, cuando se vulneren las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles para una determinada actividad”*.

La STS 1034/2005, de 14 de septiembre, expresa que en el tipo por blanqueo imprudente se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave. En el delito imprudente no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que esté en condiciones de conocerla solo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, le puedan venir impuestos normativamente, en orden a averiguar la procedencia de los bienes o a abstenerse de operar con ellos cuando su procedencia no estuviere claramente establecida (ver además STS 2563/2014, de 9 de junio).

Página 490: añadir al final del párrafo segundo, después de “...un delito continuado”: (STS 904/2022, de 17 de noviembre).

CAPÍTULO 17

Página 500: añadir al final del párrafo primero “...en sus propios términos.”: “La LO 9/2021 de 1 de julio introduce una nueva regulación del artículo 306 del CP”.

Página 502: añadir al final del párrafo primero:

Otra razón es la contemplada en la Directiva PIF 2017/1371 en su artículo 2.d al señalar como fraude a los intereses financieros a la Unión el uso o la presentación de declaraciones o documentos relativos al IVA falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la disminución de los recursos del presupuesto de la Unión.

Página 502: añadir en el párrafo segundo el texto en rojo:

...se denomina conflicto de normas, **se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora**), operando ... en la STC 129/2008, de 28 de octubre al transformar el fraude de ley en un supuesto de simulación y por tanto en un delito fiscal. **No obstante, el TC en STC 257/10 de 4 de octubre vuelve al mismo sentido que la STC 120/05.** Tema distinto...

Página 504: añadir en el párrafo sexto la palabra en rojo:

...se debe abstener de proseguir el procedimiento **sancionador** hasta...

Página 510: sustituir el título del epígrafe 13:

13. Delitos contra los intereses financieros de la UE (arts. 305.3, 306 y 308)

Página 510: añadir en el párrafo séptimo, después de “...LO 1/2015”: “1/2019 y 9/2021”.

Página 510: sustituir el artículo 306 CP:

Artículo 306 CP: *El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar o, dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

Si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.

Páginas 511 a 512: sustituir:

Ambos artículos contemplan dos comportamientos delictivos a los cuales se les puede sumar el fraude de subvenciones y ayudas del artículo 308.1 y 2 que será tratado

conjuntamente en el apartado específico con el resto de subvenciones y ayudas de la Administración Pública:

1) Delito fiscal que supone una defraudación a la Hacienda Pública Europea que comprende la misma conducta que la descrita en el apartado primero del artículo 305 consistente en “eludir el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hayan debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie a la Hacienda de la Unión Europea”; a quien eluda el pago de cualquier cantidad que se deba ingresar (no solo tributos, cantidades retenidas o que se hayan debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie; o se disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente (ya no solo un beneficio fiscal). El sujeto pasivo es la Unión Europea en una cuantía superior a los 100.000 euros en el año natural y abarca la Hacienda Pública de la UE. Los supuestos agravados son los mismos que los contenidos en el art 305 bis 1 a) y b). Presenta un subtipo atenuado entre los 10.000 y los 100.000 euros.

2) Defraudación a los presupuestos de la Unión Europea u otros administrados por estas¹⁹ en cuantía superior a 50.000 euros, fuera de los casos contemplados en el artículo 305, y malversación de fondos, dando a los fondos una aplicación distinta fuera de los casos del artículo 308; así como obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido. Con un supuesto atenuado entre los 4000 euros y los 50.000 euros. No se contiene en este caso previsión alguna que permita la regularización como excusa absolutoria.

Página 517: añadir al final del párrafo tercero:

La STS 657/2017, de 5 de octubre, declara algunos elementos de donde se puede deducir la defraudación, como son, a título ejemplificativo los siguientes: 1. Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas del grupo; 2. Diversificación artificial de las actividades entre las diversas entidades controladas por el recurrente, en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente por el conjunto de las empresas de la trama; 3. Diversos procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y a la sucesión entre grupos empresariales (nuestro caso); y así la adquisición de la práctica totalidad de las participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo; 4. el incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de la documentación empresarial.

Página 518: añadir al final del párrafo segundo:

La STS 952/2022 de 10 de marzo y la STS 42/2015 de 28 de enero establecen que el tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social. Y la doctrina ha destacado que la reforma operada por la citada ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación con las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones. A este tipo las recondujo la jurisprudencia de esta Sala a partir de su pleno de 15 de febrero de 2002, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. Tipicidad que, entre otras consecuencias, determinaba su sujeción a una condición objetiva de perseguibilidad vinculada a la cuantía.

¹⁹ Lo cual implica un concepto más amplio que además de los Presupuestos Comunitarios (ingresos y gastos operacionales) abarca otros presupuestos como son los fondos del Banco Europeo de Inversiones, del Fondo Europeo de desarrollo...

Página 521: sustituir la nota 9:

⁹ VVAA, *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Comares, 2016, página 502. La ayuda pública constituye un concepto más amplio y residual que el de subvención. Concretamente la ayuda pública va referida a prestaciones públicas sin contraprestación directa del beneficiario y dirigida a la satisfacción de fines públicos distintos de la correspondiente a la subvención y que obedecen a estímulos culturales, ayudas a la ciencia, investigación, arte, arte, educación o cualquier otro de naturaleza distinta a la económica.

CAPÍTULO 18

Página 531: añadir un nuevo epígrafe 1.3.:

1.3. Contratación laboral encubierta bajo otras formas jurídicas

Artículo 311 CP: *Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:*

(...)

2.º Los que impongan condiciones ilegales a sus trabajadores mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantengan en contra de requerimiento o sanción administrativa.

Es un tipo penal que ha sido introducido por la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Sanciona el fraude de ley consistente en utilizar los servicios prestados por otros, en situación de dependencia, ajenidad de los riesgos y retribución por cuenta ajena, eludiendo o camuflando la relación laboral mediante la aplicación de figuras contractuales que impiden a los trabajadores beneficiarse de los derechos que la normativa laboral les reconoce.

La exposición de motivos de la ley anuncia un doble objetivo: de una parte, se trataría de cubrir la laguna de punibilidad detectada en hechos vinculados, generalmente, aunque no de forma exclusiva, con el uso de nuevas tecnologías y sistemas automatizados que facilitan el incumplimiento masivo de la correcta utilización del contrato de trabajo.

Se trata de una alusión a la insoslayable realidad social que comporta la utilización de nuevas tecnologías en el control de la fuerza de trabajo, que, de momento, ya ha propiciado la reforma de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, mediante la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, para introducir una presunción de laboralidad de los servicios retribuidos de reparto o distribución de productos o mercancías en los que medie gestión algorítmica del servicio mediante una plataforma digital (disposición adicional vigesimotercera del ET).

La reforma del ET recoge una jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que ha confirmado la plena vigencia, también en este entorno tecnológico, del principio de prevalencia de la realidad del vínculo (STS [Sala 4ª] núm. 805/2020, de 25 de septiembre).

De otra parte, se propone garantizar la efectividad del ordenamiento jurídico laboral y de su sistema de control administrativo, sancionando la utilización espuria de un contrato o la desatención al llamamiento a adecuarse a la legalidad formalizado por la autoridad laboral mediante requerimiento o imposición de una sanción.

El nuevo tipo penal, sin embargo, no llega a plasmar el primer postulado de la exposición de motivos, pues no menciona como medio comisivo el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, o métodos de cálculo matemáticos o algoritmos, sino que repara únicamente en las fórmulas jurídicas que revivifica la contratación.

El tipo penal comprende dos conductas alternativas: imponer por esta vía condiciones ilegales de trabajo, o mantenerlas cuando el infractor ya ha recibido un requerimiento o

sanción administrativa. Como delito instantáneo de efectos permanentes la segunda conducta parece redundante y no determinaría la existencia de un concurso homogéneo de delitos (dos infracciones penales independientes subsumibles en el mismo precepto) sino que se mantendría como infracción única.

Página 531: cambiar la numeración del epígrafe 1.3 por 1.4.

Página 531: sustituir el artículo 311 CP:

Artículo 311 CP: *Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses*

(...)

3.º *Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:*

a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,

b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o

c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.

Página 532: cambiar la numeración del epígrafe 1.4 por 1.5.

Página 532: sustituir el artículo 311 CP:

Artículo 311 CP: *Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses*

(...)

4.º *Los que, en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en los apartados anteriores, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.*

Página 533: cambiar la numeración del epígrafe 1.5 por 1.6.

Página 533: sustituir el artículo 311 CP:

Artículo 311 CP: *Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses*

(...)

5.º *Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.*

CAPÍTULO 22

Página 646: añadir al final del párrafo primero:

La Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor ha extendido la redacción del artículo 382 bis a los casos en los que se causara alguna lesión de los artículos 147.1, 149 y 150.

Página 661: el epígrafe 3 pasa al final del capítulo como el epígrafe IV “LA NORMA CONCURSAL DEL ARTICULO 382”

Página 664: el epígrafe 4 pasa al final del capítulo como el epígrafe III con el mismo título.

Página 664: sustituir el apartado 1 del artículo 382 bis CP:

1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieren una o varias personas o en el que se les causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.

Página 665: sustituir dentro del párrafo quinto:

2º) Que en dicho accidente fallecieren una o varias personas o en el que se les causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1, 149 y 150;

CAPÍTULO 23

Página 671: nuevo título: LAS FALSEDADES: FALSIFICACIÓN DE MONEDAS Y EFECTOS TIMBRADOS. FALSEDADES DOCUMENTALES. USURPACIÓN DEL ESTADO CIVIL. **USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS**. INTRUSISMO.

Página 672: sustituir la SECCIÓN CUARTA del CAPÍTULO II:
De la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo (artículo 399 bis y 399 ter).

Página 673: sustituir el párrafo primero:
Merecen destacarse, entre todas ellas, las efectuadas por LO 5/2010; LO 1/2015; LO 1/2019; y LO 14/2022.

Página 673: añadir al final de la página:

d) Finalmente, a través de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, se transpone parcialmente la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, *sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo* y se sanciona el fraude y, en cuanto ahora interesa, la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, conductas que representan “*Un obstáculo para el mercado único digital, ya que socavan la confianza de los consumidores y provocan pérdidas económicas directas, con especial incidencia en el ámbito transnacional*”.

Página 673: añadir nota al final de la página:

Tal y como afirma el Preámbulo de la LO 14/2022, dicha Directiva “*Se inserta dentro la línea de política criminal europea de la lucha contra la criminalidad organizada, ámbito en el que los instrumentos de pago no dinerarios (caso de las criptomonedas o criptodivisas, entre otras) se han utilizado como un medio para facilitar la obtención y blanqueo de las ganancias obtenidas con dichas acciones delictivas*”.

Página 674: sustituir la última línea del párrafo segundo:
(monedas, efectos timbrados, soportes digitales de intercambio, documentos o titulaciones).

Página 678: sustituir el párrafo segundo:

De conformidad con lo expuesto, nos hallamos ante un delito de peligro abstracto, eminentemente doloso, que se consuma desde que la moneda falsa “estuviese dispuesta para ser introducida en el caudal de la circulación monetaria”⁶ y ello, aunque los ejemplares falsos no sean perfectos, siempre que puedan suscitar efectivo error en el tráfico.

Página 682: sustituir la SECCIÓN 4:

De la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo (artículo 399 bis y 399 ter).

Páginas 695 a 697: nueva denominación de los epígrafes:

6. Falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo.

6.1. Regulación.

6.2. Objeto material. Tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo (artículo 399 ter CP).

6.3. Conductas típicas (artículo 399 bis CP).

6.4. Disposiciones generales a las falsedades (artículos 400 y 400 bis CP).

Página 695: sustituir el párrafo decimoprimer:

Estos delitos se encuentran regulados en la **SECCIÓN 4 De la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo**, del Título y Capítulo antes mencionado, que comprende los artículos 399 bis y 399 ter del Código Penal.

Página 695: añadir al final de la página:

Y, en cuanto a los *demás instrumentos de pago distintos del efectivo*, dada la generalidad de la terminología empelada, el legislador ha optado por ofrecer una definición auténtica en el art. 399 ter.

Artículo 399 ter CP: *A los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio.*

Página 696: sustituir el artículo 399 bis CP:

Artículo 399 bis CP: *1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.*

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco 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

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.

4. El que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con pena de prisión de uno a dos años.

Página 696: sustituir el párrafo primero después del artículo 399 bis CP:

En el apartado primero se castiga mediante el uso de una fórmula abierta cualquier conducta que suponga la falsificación o copia de las tarjetas de crédito o débito, de los cheques de viaje o de cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo.

Página 697: añadir antes del epígrafe 6.4.:

Finalmente, en el apartado cuarto, introducido por la LO 14/2022, se sancionan actos preparatorios (la posesión u obtención de los documentos referidos) que se vinculan a una finalidad (para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad). Se trata, por tanto, de un delito tendencial, que se agota sin que sea precisa la introducción en el tráfico jurídico de los documentos falsificados. El dolo deberá abarcar tanto el conocimiento de la falsedad del documento; como el conocimiento de que será de utilizado de manera fraudulenta, por quien lo posea u obtenga o por un tercero.

Páginas 699 a 701: nueva denominación de los epígrafes:

IV. USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS.

1. Regulación.

2. Conducta típica.

V. INTRUSISMO.

1. Regulación.

2. Bien jurídico protegido concreto.

3. Conductas típicas (artículos 402 y 403 CP).

Página 699: sustituir el epígrafe 1:

1. Regulación

El delito de usurpación de funciones públicas se regula, junto con el delito de intrusismo, en el **Capítulo V**, bajo la rúbrica “De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo” que comprende los artículos 402 y 403 CP.

CAPÍTULO 25

Páginas 742 a 748: sustituir el epígrafe III:

III. MALVERSACIÓN

1. Cuestiones generales

Se regulan en el Capítulo VII entre los artículos 432 a 435 bis. Su origen histórico se encuentra en el Código Penal del 1848 y más remotos en el Derecho romano en las figuras de “*peculatus*” y “*residius*”.

La LO 14/2022 de 22 de diciembre ha llevado a cabo una importante reforma de estos delitos, por razones de oportunidad política más que por una justificación estrictamente criminal que obedezca al interés general y sin presentar un tratamiento global de la lucha contra la corrupción. Además, se introduce un nuevo tipo penal en el artículo 438 bis, exigido por la doctrina, que será analizado en el siguiente capítulo.

La LO 1/2015, según su exposición de motivos, reformó estos artículos al considerar que la malversación constituía una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos.

La anterior reforma introducía una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluían dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (apropiación indebida), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público (administración desleal). Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario era sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal.

Se incluía un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permitía alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no excedía de 4.000 euros, se mantenía un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permitía a los tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas. Por último, derogaba el artículo 431 que establecía una previsión especial de decomiso por considerarlo innecesario y resultar de aplicación general lo recogido en los artículos 127 y 128 del CP.

La reforma operada por la LO 14/2022 de 23 de diciembre ha prescindido de la anterior distinción de la malversación y como dice su exposición de motivos se vuelve al modelo anterior distinguiendo entre tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432), la cual integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal

de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro (artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433).

Esta nueva reforma además introduce el artículo 433 ter y modifica el 434. En el primero se contiene una definición, a los efectos penales, de patrimonio público, con idéntica funcionalidad a la desempeñada por los artículos 24 y 25. El segundo dispone una cláusula premial ahora redactada de forma similar a otras semejantes contempladas en el Código Penal exigiendo como requisito temporal la colaboración del autor antes de la celebración del juicio oral.

El **bien jurídico** que se protege son los caudales públicos en sus diferentes fases (recaudación, custodia y aplicación del gasto) que están encomendados a las autoridades o funcionarios públicos para atender a las necesidades del bien común (STS 3-9-2014). El Código Penal los otorga una mayor protección que a los bienes privados toda vez que se viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado (STS 17-3-10) y en la confianza que tiene atribuido por la sociedad en el manejo honesto de los fondos del Estado (STS 5-2-2008). Al ser esta materia objeto de regulación también del derecho presupuestario y administrativo queda reservado el Derecho Penal para las conductas más graves²⁰.

Es un delito de doble naturaleza en el que se afecta por un lado la Administración Pública, motivo por el que se regula en el título del CP de los delitos contra la Administración Pública, y por otro el patrimonio público.

Se trata de un delito especial en el que el sujeto activo ostenta la condición de autoridad o funcionario público si bien basta a efectos penales la participación legítima en la función pública (STS 26-4-2016). La STS 546/2019 de 11 noviembre, dice que es “*Suministrada por el artículo 24 CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública... el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos: el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas.*”. Por el contrario, en la malversación impropia, ex. art. 435 CP, no se da esta exigencia, al predicarse en relación con particulares legalmente designados, administradores o depositarios y administradores concursales respecto de fondos/efectos/bienes públicos.

Cabe la participación de un no funcionario, un extraño, en este delito bien como partícipe bien como inductor o como cooperador necesario (STS 21-3-2000, 25-1-2002, 8-6-2006, 4-3-2010, 26-3-2013, 28-10-2014, 26-4-2016, 11-11-2019).

El **objeto material** lo integran todos los bienes integrantes del haber público. Lo que es el patrimonio público y al que la anterior regulación denominaba “caudal o efecto público”. La doctrina entiende por tal tanto el metálico como toda clase de bienes muebles que tengan un valor económico apreciable y que pertenezcan a la Administración Pública, excluyéndose los bienes inmuebles, pero considerando también el valor de la mano de obra al servicio de la Administración Pública (STS 11-6-2014). Se entenderá como momento determinante del carácter público el de la incorporación de los bienes a ese erario sin que sea preciso el efectivo ingreso en las arcas públicas (STS 1127/1994, de 30

²⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (2003), Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), Convención interamericana contra la corrupción, etc.

de mayo). Como señala Muñoz Conde²¹ los fondos reservados también pueden ser objeto de malversación sin perjuicio de las particularidades de su gestión (STS 29-7-1998, caso Marey). El artículo 3.1 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone que “*El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos*”. De esta definición se desprende que los bienes inmuebles también pueden ser objeto de la malversación.

El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de mayo de 2017 ha entendido que: 1. Los bienes, efectos, caudales o cualesquiera otros de cualquier índole que integren el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u Organismos Públicos, deben tener la consideración de patrimonio público y, por tanto, pueden ser objeto material del delito de malversación siempre que concurra alguno de los supuestos siguientes: 1.1. Cuando la sociedad mercantil esté participada en su totalidad por las personas públicas referidas. 1.2. Cuando esté participada mayoritariamente por las mismas. 1.3. Siempre que la sociedad pueda ser considerada como pública en atención a las circunstancias concretas que concurran, pudiéndose valorar las siguientes o cualesquiera otras de similar naturaleza: 1.3.1. Que el objeto de la sociedad participada sea la prestación, directa o indirecta, de servicios públicos o participen del sector público. 1.3.2. Que la sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, inspección, intervención o fiscalización del Estado o de otras Administraciones Públicas. 1.3.3. Que la sociedad participada haya percibido subvenciones públicas en cuantía relevante, cualquiera que fuera la Administración que las haya concedido, para desarrollar su objeto social y actividad”. De conformidad a este acuerdo cabría la malversación de bienes inmuebles en los supuestos y con las condiciones establecidas por éste.

Se trata de una infracción exclusivamente dolosa al no encontrarse expresamente penado la malversación imprudente en virtud de lo establecido en el artículo 12 del Código Penal.

2. Los tipos penales (artículos 432 a 433 ter)

Artículo 432 CP: *1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.*

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público, b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros, c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

²¹ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 889.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.

Artículo 432 bis CP: *La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años. Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.*

Artículo 433 CP: *La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare.*

Artículo 433 bis CP: *1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.*

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

Artículo 433 ter CP: *A los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas.*

Se pueden distinguir las **siguientes conductas**.

A) Una **malversación apropiatoria** (apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas en el **artículo 432 CP**):

La punición de la actual malversación apropiatoria, se corresponde con la anterior apropiación indebida de fondos públicos, la cual permanece constante en el tipo básico (2-6 años de prisión y 6-10 años de inhabilitación especial para cargo o empleo público y

del ejercicio del derecho de sufragio pasivo) así como en el tipo agravado (4-8 años de prisión y 10-20 años de inhabilitación absoluta en ambas regulaciones).

La autoridad o funcionario público precisarán de tener capacidad de disposición sobre el patrimonio público. El concepto de patrimonio público debe ser entendido como el conjunto de bienes y derechos de contenido económico-patrimonial que corresponden a la Administración Pública en el sentido ahora previsto en el artículo 433 ter. Además se vuelve al concepto anterior a la reforma del 2015 de exigir un “ánimo de lucro”, lo cual restringe las posibilidades de apreciación del tipo penal frente a la anterior modalidad de malversación apropiatoria (253) y de administración desleal (252) que ponían el acento en el perjuicio causado en el patrimonio público y en la infracción del deber de gestión.

El Tribunal Supremo en sentencia de 7-10-2014 admite expresamente el carácter de caudales públicos de las sociedades mercantiles participadas íntegramente por las Administraciones Públicas. En la STS 7-5-2014 diferencia el delito de malversación del de fraude al considerar que, aunque en ambos se produce una despatrimonialización a partir de una disposición o, su consentimiento, fuera del ámbito autorizado, en la malversación no se requiere engaño, maquinación o artificio en la disposición, pero en el fraude del art. 436 CP sí.

En el apartado segundo se contempla unas circunstancias agravadas (castigadas con penas de 4 a 8 años de prisión y 10 a 20 años de inhabilitación absoluta, coincidente en ambas regulaciones) a las cuales se introduce una nueva en los casos en los que las cosas malversadas tuvieran un valor artístico, histórico, cultural o científico; o se trate de bienes destinados a aliviar alguna calamidad pública; y por último, una hiperagravación si el valor de lo apropiado o del perjuicio es superior a 250.000 (pena en mitad superior, incluso superior en grado).

En el primer caso se incluye la sustracción de caudales públicos al control de los órganos de fiscalización que afecten a una gran parte del organismo público del que procedan (STS 7-2-07). El entorpecimiento viene a ser considerado tanto las pautas de suficiencia como un desarrollo del servicio público ajustado a la Ley y Reglamentos (STS 5-10-2012). El segundo caso establece un límite cuantitativo que introduce seguridad para apreciar la agravación. En el caso de que el delito de malversación se cometa de manera que quepa la apreciación del delito continuado se impondrá tendiendo al total del perjuicio causado (artículo 74.2 CP).

En cuanto al apartado tercero del artículo 432 CP, se corresponde con el anterior artículo 433 CP el cual se reproduce íntegramente.

B) Una **malversación de uso** (el uso temporal de bienes públicos sin *animus rem sibi habendi* y con su posterior reintegro (**artículo 432 bis CP**):

La malversación de uso puede asociarse con el antiguo artículo 432.1 CP, anterior a la reforma de la LO 1/2015, en los casos en los que los bienes no se hayan incorporado al patrimonio. En este caso se disminuye ostensiblemente la pena, se pasa de un mínimo de dos a seis años de prisión y 6-10 años de inhabilitación especial para cargo o empleo público y del ejercicio del derecho de sufragio pasivo a un máximo de prisión de tres años y esta vez suspensión de empleo o cargo público, si reintegra los efectos en el plazo de

los 10 días siguientes a la incoación del proceso. De no ser reintegrados, en ese plazo se aplican las penas del art. 432 CP.

Este artículo contraviene de forma clara lo marcado por la Directiva de protección de los intereses financieros de la Unión Europea 2017/1937 en lo señalado en sus artículos 4 y 7 que obligan a establecer una pena de prisión de al menos de 4 años de prisión en los casos de corrupción. De igual forma condiciona su aplicación más beneficiosa a un límite temporal de difícil justificación desde la óptica de una política criminal coherente y uniforme.

C) Una **malversación presupuestaria** (desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (**artículo 433 CP**): *La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare”.*

Este nuevo tipo penal no deja de ser una variante de la malversación de uso, que no conllevará el ingreso en prisión del autor si no ha existido daño o entorpecimiento grave al servicio al que están destinados los efectos públicos (a pesar de existir lesión al bien jurídico protegido). Esta exigencia de la gravedad en el servicio va a dificultar en la práctica la apreciación de la modalidad agravada.

D) **Falseamiento de la contabilidad de entidad pública y facilitación a terceros de información mendaz sobre entidad pública (artículo 433 bis)**

Este precepto fue introducido por la LO 7/2012 por la que se modificó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. El objeto de la reforma fue extender el castigo a conductas que pueden originar un menoscabo al patrimonio público mediante el falseamiento de su realidad que no se encontraban abarcadas por la malversación de caudales. Se va a perseguir no solo el respeto a los recursos públicos sino reforzar la estabilidad presupuestaria amenazando a los funcionarios que pretenden ocultar la realidad de la situación financiera del respectivo ente²². Se garantiza el buen control de la gestión y el gasto incontrolado de fondos públicos. Las conductas contempladas son: a) falsear fuera de los supuestos contenidos en el artículo 390 los documentos que reflejen su situación económica o la información contenida en ellos; y b) facilitar a terceros información mendaz relativa a su situación económica de la entidad o documentos relativos a su situación económica o contable. Ambas conductas deberán ser idóneas para ocasionar un perjuicio económico que comprenderá no sólo la imposibilidad del cumplimiento del déficit sino los gastos extraordinarios y no presupuestados.

Tal y como señala el Auto 5/2015, de 27 de enero, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, este artículo tiene como fin “Dotar de transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de

²² VVAA, *Comentarios al Código Penal Español*, Editorial Aranzadi, Pamplona 2016, pág. 1431.

la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas”.

En cualquier caso, el hecho de que el precepto excluya las modalidades falsarias del artículo 390 del Código Penal dificulta la aplicación práctica del presente precepto. Desde un punto de vista de su estructura guarda similitudes con el artículo 290, delito societario, si bien este último es aplicable a los particulares y por ello, es más lógico que se exige que se cause el perjuicio al no ser punibles las falsedades ideológicas cometidas por particulares.

E) Artículo 433 ter CP

Su objeto consiste en definir lo que debe entenderse por patrimonio público (*todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas*). Esta definición se encuentra ya contemplada en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 3) y por la consolidada jurisprudencia de la Sala Segunda al respecto. Se debería haber hecho mención también al patrimonio de los intereses financieros de la UE a efecto de evitar problemas interpretativos al igual que realiza el artículo 308 del CP.

3. Reparación del perjuicio y colaboración con la autoridad

Artículo 434: *Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral, o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.*

El Código Penal prevé con este artículo, por razones de política criminal como son el aseguramiento de la reparación del perjuicio causado al erario público y la colaboración con la justicia, la posibilidad de rebajar preceptivamente un grado la pena y facultativamente dos siempre que se haya reparado de forma efectiva e íntegra el perjuicio causado al patrimonio público y la colaboración activa con las con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. La reforma de la LO 14/2022 ha precisado como el momento anterior a la celebración del juicio oral.

La aplicación de esta atenuante no impedirá en principio la apreciación del resto de atenuantes ordinarias del artículo 21.

4. Cláusula de extensión de la responsabilidad

Artículo 435: *Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. 2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a*

particulares. 4.º A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores.

En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley. 5.º A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo. En estos casos se impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados 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 cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, 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.

Artículo 435 bis CP: *A los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.*

Este artículo regula lo que se denomina malversación impropia al no cometerla autoridades o funcionarios públicos sino particulares que en atención a determinadas circunstancias deben sujetarse a los mismos deberes que los anteriores respecto de los bienes públicos sometidos a su cargo. Lo cierto es que no serán relaciones puramente privadas, sino que lo público se va a cruzar en mayor o menor medida.

Esta ampliación de sujetos se extiende a los encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas; particulares legalmente designados depositarios de caudales o efectos públicos; a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; y a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. La STS 15-9-2021, caso de Mercasevilla, les aplica la condición de funcionario al contribuir a la mejora de la prestación del servicio público. De igual forma la STS núm. 489/2021 de 3 junio recuerda la doctrina reiterada en otras múltiples (SSTS 527/2016 de 16 de junio y de 18 de noviembre de 1998 entre otras): “*El delito de malversación impropia tipificado en el art. 435 Código Penal se trata de un tipo delictivo construido sobre dos ficciones: a) La de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público; b) La de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares*”. Es por tanto requisito indispensable que la persona designada para la custodia/administración/depósito de los efectos o fondos públicos haya sido convenientemente informada y apercebida de sus obligaciones en relación con los mismos.

CAPÍTULO 26

Página 752: sustituir el párrafo cuarto:

Se tipifican cuatro conductas distintas en este capítulo.

Página 754: añadir antes del epígrafe 2:

La LO 14/2022 de 23 de diciembre ha introducido este nuevo delito:

Artículo 438 bis CP: *La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación, será castigada con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.*

Esta nueva modalidad delictiva, la cual ha sido introducida en otros Códigos Penales de diversos países de la UE, es conocida como “enriquecimiento ilícito” y será solo aplicable como sujeto activo a las autoridades del artículo 24 del CP siempre que se den los elementos del tipo con un comportamiento obstativo en la voluntad de cumplimiento a los requerimientos procedentes de las autoridades encargadas de comprobar la justificación.

CAPÍTULO 31

Páginas 869 a 874: sustituir el epígrafe 1.2.:

1.2. Provocación a la discriminación

Contenidos en el artículo 510 CP²³, este precepto fue ampliamente modificado por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, y más recientemente, por Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Encuentra su precedente más inmediato en el precepto 165 ter introducido en el Código Penal anterior a través de la reforma de éste por Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo, en el que se tipificaba la provocación a la discriminación. Destaca que, entre las distintas motivaciones mencionadas en el precepto, la reforma de 2015 ha introducido las «razones de género».

Esta regulación se fundamentó en la creciente ola de acontecimientos racistas y xenófobos que en nuestro país se produjeron en la década de los noventa, momento también en el que se consolidaron grupos organizados de ideología nacional socialista (tuvo especial importancia en la tipificación de este delito el caso de Violeta Friedman resuelto en STC 214/1991, de 11 de noviembre²⁴).

En el apartado primero se castigan con pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, las siguientes conductas:

²³ Sobre el análisis de los delitos de odio y discriminación, resulta especialmente interesante el Manual Práctico para su investigación y enjuiciamiento, dirigido por el Fiscal Miguel Ángel Aguilar García, publicado por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya.

²⁴ La Sra. Friedman, judía, fue internada durante la Segunda Guerra Mundial en un campo de concentración, junto a su familia. Esta sobrevivió al mismo, junto con su hermana, pero el resto de su familia no superó el genocidio nazi. En lo que al caso concierne, son los comentarios de un ex general nazi en una revista, que niega el genocidio del pueblo judío, los que Violeta Friedman considera que lesionan su Derecho al honor. Y es que, aunque los comentarios no iban dirigidos a la propia Violeta Friedman, el Tribunal Constitucional aprecia el interés legítimo de la misma para reaccionar ante los mismos (los jueces anteriormente no le habían reconocido el derecho a acudir a los tribunales, sí el Tribunal Constitucional).

Señala la Sentencia en su Fundamento Jurídico 4, al respecto: *«En el caso que nos ocupa ... resulta acreditado que la demandante es judía y que, desde la ocupación alemana de su ciudad natal (Marghita, Transilvania), se le impuso la estrella de David, fue sacada de su hogar con toda su familia y conducida con otros ciudadanos judíos a Auschwitz, en donde la misma noche de su llegada fue enviada toda su familia, salvo ella y su hermana, a la cámara de gas. Pues bien, desde su doble condición, de ciudadana de un pueblo como el judío, que sufrió un auténtico genocidio por parte del nacionalsocialismo, y de la de descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela (personas todas ellas que fueron asesinadas en el referido campo de concentración), forzoso se hace concluir que, sin necesidad de apelar aquí a la referida legitimación por "sucesión" procesal del derecho subjetivo al honor de sus parientes fallecidos (al amparo de los arts. 4.2 y 5 de la L.O. 1/1982, de protección del derecho al honor), que también cumpliría la recurrente, la invocación del interés que la demandante efectúa en su escrito de demanda en relación con las declaraciones del demandado, negadoras del referido exterminio y atributivas de su invención al pueblo judío, merece ser calificado de "legítimo" a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía en nuestro país, de la que forma parte la recurrente, por lo que, de conformidad también con nuestra doctrina sobre el derecho de tutela, ha de merecer de este Tribunal un examen de la totalidad del fondo del asunto».*

El Tribunal Constitucional, en su Fundamento Jurídico 8, nos dice que aquellos comentarios que pongan en duda lo acontecimiento de la historia, aunque sean opiniones tergiversadas, estarán protegidas por la libertad de expresión.

Por otro lado, no estarán protegidos los juicios ofensivos o las expresiones xenófobas, y la incitación racista constituye un atentado al honor tanto de Violeta Friedman como de todas las personas que como ella estuvieron internadas en un campo de concentración (en el de Auschwitz o en cualquier otro).

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

La redacción del precepto admite tanto las incitaciones directas, como las indirectas, por lo tanto, va más allá del concepto de apología recogido en el artículo 18.1 del CP. Cuerda Arnau²⁵ señala que la literalidad del precepto permite castigar al margen de los efectos que las conductas pueden generar, lo que, en su opinión, plantea dudas acerca de su constitucionalidad.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo condenó, en sentencia de 9 de febrero de 2018, a un tuitero por delito de incitación al odio contra las mujeres, indicando que “el discurso del odio es claro en su afirmación antijurídica y típica, en la medida en que el autor vierte las expresiones contra las mujeres, y particularmente, respecto de las que han sido objeto de una vejación y un maltrato físico”.

Para el Supremo, “el contenido de las frases revela el carácter agresivo de las expresiones y la constatación del odio al ir referidas a situaciones en las que desea encontrar a mujeres a las que se refiere en términos agresivos en un contexto de género”. Sobre el dolo de la actuación, “concorre efectivamente en la medida en que no nos encontramos ante un acto puntual, incontrolado e involuntario –señala el Supremo–. Por las razones antedichas el autor conoce y quiere la realización de las expresiones que vierte a las redes sociales con un contenido indiscutido de odio que merecen reproche (...). Consecuentemente, el motivo de la defensa del condenado se desestima, pues desde el relato fáctico surge la tipicidad subjetiva declarada por la expresión de términos que en sí mismo tienen un contenido odioso”²⁶.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad.

²⁵ Cuerdo Arnau, M^a.L., *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch. 4^a edición. 2015. Pág. 717.

²⁶ En la misma línea, el Juzgado de lo Penal número 1 de Pamplona condenó en Sentencia de 11 de octubre de 2016 por un delito de odio a un vecino de Ribadofra de nacionalidad marroquí que subió a su cuenta de Facebook un vídeo de alto contenido antisemita titulado “Asesina a todos los judíos”. En la sentencia, la sentencia explica que, aunque la libertad ideológica y la libertad de expresión protegen la libre exposición de las ideas, incluso rechazables y molestas para algunas personas, “en ningún caso tales libertades pueden dar cobertura al menosprecio y el insulto contra personas o grupos, o la generación de sentimientos de hostilidad contra ellos”.

Se equiparán en este apartado conductas que suponen actos preparatorios a las conductas de provocación recogidas en el apartado anterior. Se asimila la distribución con la posesión para la distribución, lo que ha sido objeto de críticas por la doctrina²⁷.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Este artículo supone una reproducción del antiguo artículo 607, con la inclusión del llamado «negacionismo» entre las conductas en él tipificadas. Es decir, el simple hecho de negar que se hayan cometido estos delitos, lo que fue considerado inconstitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre), en relación con la anterior apología del genocidio, sin perjuicio de dejar abierta la posibilidad de que se pudiera castigar, en la medida en que la negación de estas conductas fuera un medio idóneo para promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.

En el nº 2 del art 510 CP, se recoge un tipo privilegiado, cercano a las injurias, castigado con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

Es doctrina del Tribunal Constitucional que ni la apología de los verdugos, ni las manifestaciones vilipendiadoras, ni la humillación de las víctimas integran el derecho a la libertad de expresión (SSTC 214/1991, de 17 de diciembre, 176/1995, de 11 de diciembre; 235/2007, de 7 de noviembre). El propio TC en dichas resoluciones, puso de manifiesto que, en muchos casos, el enaltecimiento de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, se hace a costa de las víctimas.

²⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blach. 20ª edición. Pág. 712.

No obstante, algunos autores²⁸, plantean la cuestión de si no basta con los delitos de injurias o contra la integridad moral para tutelar a las víctimas y si castigar, como hace el precepto, la tenencia de libros, es compatible con un régimen de libertades.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Esta norma debe jugar en relación de subsidiariedad tácita con respecto al tipo más grave regulado en el apartado 1, letra c del mismo precepto (relativo a los delitos contra la comunidad internacional) y presenta la peculiaridad de no requerir que esas conductas representen un peligro, siquiera potencial, para generar un clima de hostilidad, odio o violencia.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas.

En opinión de Lamarca²⁹, resulta discutible esta agravación general, ya que el requisito en él recogido, se exige en todos los tipos como elemento del mismo.

4. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

²⁸ Cuerda Arnau, M^a.L., op., cit., pág 718.

²⁹ Lamarca Pérez, Carmen, *Delitos: La parte especial del Derecho Penal*. Editorial Colex. 3^a edición. 2015. Pág. 828.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.

Sin duda, como afirma Lamarca³⁰, nos encontramos ante la medida más polémica, por los posibles problemas de constitucionalidad en relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Por último, el **artículo 510 bis CP**, introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo, admite la punición de estas conductas cuando el responsable sea una persona jurídica, al señalar:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco 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. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal.

CAPÍTULO 32

Página 892: sustituir el apartado 1 del artículo 24 CP:

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

³⁰ Lamarca Pérez, Carmen, op., cit., pág 828.

CAPÍTULO 33

Páginas 913 a 936: sustituir el capítulo completo:

Capítulo 33

DELITOS COMETIDOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO: SEDICIÓN. ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD, SUS AGENTES Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Y DE LA RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA

Sumario: 1. DELITOS COMETIDOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. 1.1. Introducción. 1.1.1. Estructura. 1.1.2. Bien jurídico protegido común. El orden público. 2. ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD, SUS AGENTES Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 2.1. Cuestiones generales. 2.2. Tipo básico. 2.2.1. Definición del delito de atentado (art. 550.1 CP). 2.2.2. Acción típica. 2.2.3. Sujeto pasivo. 2.2.3.1. Concepto de autoridad, agente de esta o funcionario público (arts. 24 y 554 CP). 2.2.3.2. Protección de la función. 2.2.4. Elemento subjetivo. 2.2.5. Pena y supuestos agravados (arts. 550.2 y 3 y 551 CP). 2.2.6. Delito único. 2.2.7.. Posible problema concursal con el delito de homicidio del artículo 138.2 b) tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. 3. RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA (ART. 556 CP). 3.1. Cuestiones generales. 3.2. Conducta típica. 3.2.1. Resistencia. 3.2.2. Desobediencia.

1. DELITOS COMETIDOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

1.1 Introducción

1.1.1. Estructura

Los delitos contra el orden público se encuentran regulados en el Código Penal, en su Libro II “Delitos y sus penas”, Título XXII, bajo la rúbrica de “Delitos contra el orden público”, artículos 544 a 580 CP, si bien la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, ha suprimido el capítulo I del título XXII del libro II, integrado por los artículos 544 a 549 y que regulaba la sedición.

Según la Exposición de Motivos de la citada LO: “*La revisión de este título persigue los siguientes objetivos: en primer lugar, armonizar la legislación española sobre esta materia con la de los países de nuestro entorno; en segundo lugar, adecuar su regulación a la realidad histórica actual, que resulta muy diferente de aquella en la que fueron concebidas algunas figuras; en tercer lugar, mejorar la redacción y clarificar la estructura de los tipos penales afectados*”. Y justifica la supresión del delito de sedición al señalar: “*A la vista de la regulación que de estos comportamientos llevan a cabo los países con los que España comparte tradición jurídica, resultaba imprescindible revisar el tratamiento que el Código Penal español viene realizando de los delitos contra el orden público*”.

De esta forma, este título se estructura del siguiente modo:

CAPÍTULO II. De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia. Artículos 550 a 556.

CAPÍTULO III. De los desórdenes públicos. Artículos 557 a 561.

CAPÍTULO IV. Disposición común a los capítulos anteriores. Artículo 562

CAPÍTULO V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Artículos 563 a 570.

CAPÍTULO VI. De las organizaciones y grupos criminales. Artículos 570 bis a 570 quáter.

CAPÍTULO VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo. Artículos 571 a 580.

SECCIÓN 1. De las organizaciones y grupos terroristas. Artículos 571 y 572.

SECCIÓN 2. De los delitos de terrorismo. Artículos 573 a 580.

En el presente capítulo serán objeto de estudio el capítulo II “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, integrado por los artículos 550 a 556 CP.

1.1.2. Bien jurídico protegido común. El orden público

Dentro del Título XXII del Código Penal (“*De los delitos contra el orden público*”), los artículos 550 a 580, recogen infracciones tan variopintas como los atentados, resistencias y desobediencias, pero también los relativos a tenencia y depósitos de armas y explosivos, las organizaciones y grupos criminales o los delitos de terrorismo. Esta amalgama tan heterogénea tiene por denominador común un bien jurídico (orden público³¹) cuyos rasgos definitorios han mutado y seguro mutarán, al ser muy sensibles a las circunstancias sociales imperantes.

En el contexto civil, genérico dentro del ordenamiento jurídico español, la Sala Primera del Tribunal Supremo definió el orden público en su sentencia de 5 de abril de 1966, como aquellos “*Principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*”; resaltando que habrá que estar para su aplicación al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3.1º del Código Civil “*a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*” las normas.

En el ámbito penal no es difícil encontrar vestigios de la concepción preconstitucional de este bien jurídico³², que ha tenido denominaciones como la *seguridad interior del Estado* en los Códigos Penales de 1870, 1928 y 1932 (STS Sala 2ª de 20 de junio de 1979).

³¹ La expresión *orden público* es asumida en distintas ramas del Derecho español con distinto significado, ya que aparece en normas como el artículo 3 del Código Civil cuando se establece que “*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*”, o como límite a la renuncia de derechos (artículo 6.2), a la utilización de normas de conflicto de Derecho Internacional Privado (artículo 12.3) o en el ya derogado artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consideraba el orden público español como excepción al *exequatur* de resoluciones judiciales extranjeras en nuestro país.

³² La STS de 18 de julio de 1984 se refirió al orden público manteniendo la idea subyacente del “*súbdito*” como sujeto activo al manifestar que “*El orden público descansa en los principios de subordinación y respeto de los gobernados a los gobernantes y en la paz pública, es decir en la existencia de un minimum de tranquilidad, serenidad y seguridad, indispensable en un estado de derecho, para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos o cumplir sus obligaciones en un ambiente de libertad y respeto mutuo*”.

Para encontrar una idea actualizada de lo que hoy debe entenderse por el orden público tutelado penalmente debe tenerse en cuenta la apreciación recogida en la STS 337/2014, de 16 de abril, que entiende que la acepción que corresponde a un Estado de Derecho sólo puede referirse a la protección de aquél “*como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales*”. Por ello puede definirse el orden público como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos (STS 445/2016, de 25 de mayo) en beneficio de intereses que superan los meramente individuales (STS 1030/2007, de 4 de diciembre). El Tribunal Constitucional lo ha utilizado como “*sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político*” (STC 66/1995, de 8 de mayo).

2. ATENTADOS CONTRA LA AUTORIDAD, SUS AGENTES Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

2.1. Cuestiones generales

Frente a una concepción doctrinal arraigada incluso en las primeras etapas de nuestro Derecho Penal de la Constitución de 1978 que consideraba que el bien jurídico protegido por el delito de atentado era el principio de autoridad y el de protección de la función pública, la jurisprudencia se ha esmerado en las dos últimas décadas en defender que la tutela de estos dos bienes es mediata, pues en última instancia lo que se protege es la garantía del libre ejercicio de derechos y libertades del ciudadano³³.

2.2. Tipo básico

2.2.1. Definición del delito de atentado

El tipo básico queda definido en el artículo 550.1 del Código Penal, siendo de especial interés la Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado “*Sobre la calificación jurídico penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos educativo y sanitario*”.

Artículo 550 CP: 1. Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas.

³³ Así, la Sentencia 950/2000, de 4 de junio, argumentó que «*en una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas*».

Como apunta Cuerda Arnau³⁴, las principales novedades que incorpora el nuevo artículo 550 se reducen a dos:

a) Una nueva definición del delito de atentado.

1. Señala esta autora que hoy nos encontramos ante la dificultad de distinguir entre lo que son dos modalidades de atentado: la agresión y el acometimiento. La nueva redacción del tipo supone extender el ámbito del atentado a través del más amplio concepto de agresión, de forma que se elimina así la posibilidad de que se excluyeran del tipo conductas que constituirían una agresión. Ante esta situación alerta de que la introducción de la inconcreta modalidad de agresión junto al acometimiento conlleva el peligro de dar lugar a interpretaciones demasiado amplias.

2. El segundo problema sería la supuesta supresión de la modalidad intimidatoria de atentado, aunque lo que en realidad sucede es que la conducta intimidatoria pierde autonomía y pasa a ser una modalidad de resistencia: la resistencia grave con intimidación grave. La nueva redacción no permite incluir en el atentado los casos de intimidación que ni son un acto de resistencia frente a una pretensión antecedente, ni son, en sentido estricto, agresión o acometimiento.

3. En la modalidad consistente en oponer resistencia, la principal novedad sería la desaparición del requisito de que sea activa. Se exige oponer resistencia grave, «con intimidación grave o violencia», por lo que sigue manteniendo su vigencia la doctrina jurisprudencial que excluía fuera del ámbito del delito de atentado a la resistencia pasiva.

b) La rebaja de los límites mínimos de la pena prevista en la figura básica, tanto si afecta a funcionarios, agentes, autoridades «ordinarias» o autoridades que reciben singular protección.

2.2.2. Acción típica

La acción descrita en el artículo 550.1 del Código Penal se describe por el uso de las locuciones verbales agredir, resistirse gravemente con violencia o intimidación grave o acometer contra ellos.

Acometer equivale a agredir y basta con que tal conducta se dé con una acción directamente dirigida a atacar a la autoridad (a sus agentes o a los funcionarios), advirtiendo la jurisprudencia que el atentado se perfecciona incluso cuando el acto de acometimiento no llegar a consumarse. Lo esencial es la embestida o ataque violento. Por ello se ha señalado que este delito no exige un resultado lesivo del sujeto pasivo, que si concurre se penará independientemente (SSTS 672/2007, de 19 de julio, y 309/2003, de 15 de marzo), calificando el atentado como delito de pura actividad, punible, aunque no se llegue a golpear o agredir materialmente al sujeto pasivo, ya que el delito se consuma con el ataque o acometimiento (SSTS 652/2004 y de 14 de mayo, y 146/2006, de 10 de febrero).

La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada), con la utilización de medios agresivos materiales (STS 18-3-2000, entre otras muchas posteriores). El ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido (STS 580/14, de 21 de julio). La jurisprudencia menor viene considerando con arreglo a estos criterios que la violencia empleada para huir de los agentes que pretenden la detención del sujeto activo es

³⁴ Cuerda Arnau, M^a.L., *Derecho Penal Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch. 4^a edición. 2015. Pág. 1281.

constitutiva, en la mayoría de los casos, de resistencia activa no grave y, por tanto, encuadrable en el artículo 556 y no en el 550 del Código Penal (SSAP Madrid 762/2015, de 16 de noviembre, y 256/16, de 12 de abril; SAP Sevilla 42/16, de 3 de febrero).

La resistencia consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad o sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Si esta resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 del Código Penal.

Nos remitimos aquí a lo expuesto en el apartado anterior en lo relativo a las novedades introducidas en el tipo para la definición del delito de atentado.

2.2.3. Sujeto pasivo

2.2.3.1. Concepto de autoridad, agente de esta o funcionario público

El elemento más característico del atentado es su catalogación como “delito especial por razón del sujeto pasivo”, pues sólo se verifica cuando éste resulta ser autoridad, agente de esta o funcionario público; términos a los que se asigna una específica definición en el art. 24 CP.

Artículo 24 CP: 1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*

Es determinante la introducción “a los efectos penales” puesto que los conceptos de autoridad y funcionario público tienen diferente alcance en función del sector del ordenamiento jurídico. Así pues, en Derecho Administrativo es autoridad quien se encuentra investido de *imperii* para exigir lícitamente a los demás un comportamiento determinado. Esto coincide con el concepto romano de *potestas* otorgada a las magistraturas de la República y no con el de *auctoritas*, consistente en el prestigio o reconocimiento público y social de las opiniones de ciertas personas debido a su saber o a su trayectoria y fama son seguidas y respetadas. Mientras que la *potestas* se encontraba aparejada a la Ley y al castigo por su incumplimiento, la *auctoritas* se basaba más que en términos de sanción e ilicitud en los del reconocimiento al saber, la experiencia o los méritos según los valores imperantes.

Siguiendo esta idea, el Tribunal Supremo ha considerado autoridad a la Decana de un Colegio de Procuradores agredida cuando informaba al cliente del resultado de una denuncia interpuesta contra quienes fueron sus abogados en un proceso civil (STS 1310/2002, de 9 de julio).

A diferencia de lo que ocurre con agentes de la autoridad y funcionarios, el concepto de autoridad es más restringido, utilizándose una cláusula general consistente en el mando o la jurisdicción propia, y concretándose en determinadas personas que en todo caso tienen tal consideración, sin propósito de establecer un *numerus clausus*.

La Fiscalía General del Estado ha aclarado en la consulta 2/2008 que “*las agresiones ejecutadas contra funcionarios públicos en el ámbito de la sanidad y de la educación, consistentes en acometimiento, en empleo de fuerza, intimidación grave o resistencia activa también grave, quedan incluidas en el ámbito de la tutela penal arbitrada por el delito de atentado, siempre que concurran los demás elementos que configuran tal delito [el de atentado]*”. La Consulta, que fue dictada como consecuencia de la dispar interpretación del artículo 24 del Código Penal por las Audiencias Provinciales, hoy ha sido superada por la modificación efectuada tras la LO 1/2015, que ha incluido un párrafo segundo en el apartado primero del artículo 550 que establece que “*En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas*”. La reforma dispensa así una especial protección a los funcionarios docentes o sanitarios: «*dando visibilidad a lo que, por otra parte, ya venía recogiendo la jurisprudencia mayoritaria*», en palabras de la Exposición de Motivos de la LO 1/15, de 30 de marzo. No obstante, algún sector doctrinal³⁵, ha criticado este punto de la reforma pues, en su opinión, las agresiones ya estaban penadas como delito de lesiones o amenazas, habiendo sido la presión gremial y mediática la que ha provocado la reforma. Así, en opinión de Llobet Anglí³⁶, el precepto comprende, entre otros, a profesores, jefes de estudio, directores o catedráticos de colegios y universidades públicas o de centros contratados para desempeñar funciones educadoras asumidas por la administración; y médicos de la Seguridad Social, odontólogos, farmacéuticos o enfermeros que se incorporan a la prestación de un servicio público, o el personal de los servicios de emergencia Samur.

En cuanto al agente de la autoridad, se incluye en este concepto, según Cerezo Mir³⁷, a “*aquel funcionario público que sirve a la autoridad mediante actos de índole ejecutiva, es decir, que está encargado de aplicar, o hacer cumplir las disposiciones de la autoridad*”. El Código no lo define en el artículo 24, pero queda claro que se integran en esta categoría los miembros de los cuerpos policiales y Guardia Civil por su vinculación orgánica con el Ministerio de Interior o las autoridades autonómicas o locales; y funcional bajo dependencia “*de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca*”, tal y como establece el artículo 126 de la Constitución Española. El artículo 7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LFCS, en adelante) indica que “*en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad*”. Se mantiene formalmente vigente el artículo 7.2 de dicha Ley, que introduce una regla interpretativa en el sentido de que “*cuando se cometa delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la*

³⁵ Queralt Jiménez, Joan J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. 2015. Pág 1243.

³⁶ Llobet Anglí, Mariona, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Director: Jesús María Silva Sánchez. Editorial Atelier, cuarta edición. 2015. Pág 159.

³⁷ Cerezo Mir, J. *Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia*. Revista de Estudios Penitenciarios Nº 173, 1966, pp. 319-372.

integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de Autoridad”.

La falta de definición excluyente permite reconocer la condición de agente de la autoridad a efectos de este delito también a los agentes forestales, en virtud del artículo 6 de la Ley 43/2003, de Montes; así como a los llamados “agentes de movilidad”, conforme a adición efectuada en el artículo 53.3 de la LFCS por Ley Orgánica 19/2003.

Por su parte, el derecho administrativo cuenta con definiciones de funcionario público en los artículos 9 a 12 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Según los artículos 9 y 10 “*Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*”; y que “*son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera*” en determinadas circunstancias. Sin embargo, el Estatuto del Empleado Público maneja también los conceptos de personal laboral y eventual, señalando que “*es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas*”, siendo personal eventual “*el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial*”.

Ahora bien, dichas definiciones no alcanzan al Derecho Penal, para el cual el art. 24 CP da un concepto de funcionario público propio y privativo de este campo jurídico, sin constituir una norma en blanco que pueda remitir la definición a otras disposiciones del Derecho administrativo o laboral, con las que puede no concordar. En el caso de los funcionarios públicos es más amplio, ya que en muchos casos comprende también a trabajadores que ostentan la condición de personal laboral de las administraciones públicas porque en este caso lo relevante no es tanto la clase de vínculo jurídico³⁸ (laboral o estatutario) con la Administración, sino la función que bajo su dependencia se desarrolla y que se relaciona con el bien jurídico protegido de garantía de la función o servicio que se presta para el ciudadano³⁹.

³⁸ Y en relación con el vínculo jurídico, lo expresa la STS de 27 de enero de 2003, que considera funcionario público a una persona nombrada por autoridad competente en un contrato laboral, señalando que «*se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurren los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto: 1º. Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del Estado, Entidades Locales y Comunidades Autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública. 2º. Ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 CP: por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente*».

³⁹ La STS de 4 de diciembre de 2007, expresa que “*se trata de un concepto más amplio que el regulado por el derecho administrativo, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen de su nombramiento que ha de ser por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo*”.

El Tribunal Supremo ha resaltado que el sujeto pasivo podrá ser considerado funcionario público siendo irrelevante que sea interino o sustituto (STS 1183/1993, de 20 de mayo). Finalmente, el artículo 554 recoge la **extensión del delito a otros sujetos pasivos** por su vinculación, colaboración o auxilio a autoridades, agentes de esta o funcionarios públicos, ya que el legislador ha considerado que en determinadas circunstancias su cooperación con la salvaguarda de los bienes que pretende garantizarse mediante la idea de “orden público” resulta merecedora de la misma protección que en los casos en que lo hacen aquéllos.

Artículo 554 CP: 1. Los hechos descritos en los artículos 550 y 551 serán también castigados con las penas expresadas en ellos cuando se cometieren contra un miembro de las Fuerzas Armadas que, vistiendo uniforme, estuviera prestando un servicio que le hubiera sido legalmente encomendado.

2. Las mismas penas se impondrán a quienes acometan, empleen violencia o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

3. También se impondrán las penas de los artículos 550 y 551 a quienes acometan, empleen violencia o intimiden gravemente:

a) A los bomberos o miembros del personal sanitario o equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de un siniestro, calamidad pública o situación de emergencia, con la finalidad de impedirles el ejercicio de sus funciones.

b) Al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Según el artículo 35 del Código Penal Militar de 2015 se entenderá que son fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio reglamentariamente ordenado que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y, en el caso de la Guardia Civil, que no sea encuadrable en el ejercicio de funciones de naturaleza policial y, en todo caso, en situación de conflicto armado, en estado de sitio o cuando se encuentren integrados en unidades de las Fuerzas Armadas.

La consideración como sujeto pasivo de los delitos contra el orden público del personal de seguridad privada cuando actúe de manera accesoria a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es novedosa en el Código Penal de 1995. El precepto ha sido modificado por la LO 1/2015, siendo su aspecto más polémico la tutela penal de las órdenes o acciones frente a las que se ejerce la resistencia del personal de seguridad privada o la equiparación a los agentes de la autoridad en su condición de sujetos pasivos de atentados. Estos profesionales no ostentan la condición de autoridad ni de agentes de la misma, ni tampoco están sujetos a la misma responsabilidad que los agentes de la fuerza pública, pero se efectúa una equivalencia punitiva.

Recordemos que precisamente la definición de autoridad se determina por la habilitación legal para el ejercicio de la coacción física legítima del Estado –siguiendo terminología de WEBER- pudiendo imponer determinadas conductas a los ciudadanos, quienes se encuentran en un plano de inferioridad o sometimiento a su función en interés al bien colectivo. En el caso del personal de seguridad privada se ha optado por una tutela de segundo grado, esto es, cuando sus actos sean mera ejecución de una orden de la autoridad o sus agentes, que podrá ser expresa y concreta o genérica cuando participen en un dispositivo conjunto, como sugiere la expresión “*en cooperación y bajo el mando*”.

Un ejemplo de ello sería el de un partido de fútbol declarado de alto riesgo, en el que la acción del personal privado sigue las indicaciones de los cuerpos policiales.

La previsión del Código Penal es concordante con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 5/2015, de Seguridad Privada, cuyos artículos 14 a 16 recogen el deber de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FFCCS), estableciendo las obligaciones específicas de comunicar hechos y datos relevantes para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, entrega de personas, bienes o instrumentos relacionados con el delito, autorizando la cesión de datos a las FCS cuando así lo exijan las necesidades de la seguridad ciudadana; y articulando mecanismos de coordinación entre los sujetos privados dedicados a la seguridad y las autoridades.

2.2.3.2. *Protección de la función*

El segundo requisito o elemento del delito de atentado es consecuente con la concepción actual del bien jurídico orden público y se basa en la exigencia de que la acción típica se dirija contra el sujeto pasivo con motivo de su función pública o autoridad, debiendo excluirse aquellos ataques contra la persona que se hallen desconectados de dicho ámbito de imperio.

Así, por ejemplo, sería constitutivo de delito leve de maltrato de obra la agresión sin lesión dirigida contra un agente del Cuerpo Nacional de Policía motivada por celos, y no de delito de atentado.

La expresión “*con ocasión de ellas*” se refiere a que son típicos los ataques contra el sujeto pasivo motivados por su actuación profesional o estatutaria aun fuera del horario de trabajo, pues en caso contrario bastaría esperar a que concluyera su mandato o se hallaran fuera de servicio para poder dar rienda suelta al resentimiento o la venganza. Por ello, el precepto legal no sólo sanciona como atentado los actos de violencia ejecutados cuando los sujetos pasivos “*se hallaren ejecutando las funciones de sus cargos*”, caso en el que la identificación entre la persona y el órgano al que representa es total y automática salvo extralimitación grave, sino también cuando el acometimiento se efectuare “*con ocasión de ellas*”, es decir, *in contemplatione officii*; extendiéndose así la figura delictiva y la protección penal de la función a supuestos en que la agresión se realiza estando el sujeto pasivo fuera de servicio y cuando el móvil que impulsa al autor del hecho se deriva del ejercicio de la función pública tutelada, como acertadamente razona la SAP Sevilla 208/2000, de 2 de octubre.

Se hace necesaria la referencia a lo que ocurre en el caso de extralimitación del sujeto pasivo, es decir, cuando el éste actúa más allá de sus funciones y ese exceso es el que despierta en el sujeto activo el móvil de reaccionar con violencia o intimidación grave. En estos supuestos, el Tribunal Supremo ha señalado que ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la Ley protege a dicho sujeto pasivo en estos delitos (STS 191/95, de 14 de febrero), en cuanto tal protección solo está concebida para el caso de moverse dentro de su actuación normal, conforme a Derecho, de modo que “*la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección que le dispensa este artículo y le convierte en mero particular*” (STS 1042/94, de 20 de mayo). De todos modos, para que se produzcan esos efectos, ha de tratarse de una verdadera y grave extralimitación (STS 794/2007, de 26 de septiembre) y no de una

mera descortesía, que a lo sumo constituiría una extralimitación de carácter leve (STS 466/2013, de 4 de junio).

2.2.4. Elemento subjetivo

El elemento subjetivo del injusto viene integrado por el dolo de ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad⁴⁰.

Afirma el Alto Tribunal en la STS 328/14, de 28 de abril, que *“Va insito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido”*, entendiéndose que quien agrede, resiste o desobedece conociendo la condición del sujeto pasivo *“acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado”*, matizándose que *“la presencia de un animus o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública, o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder”* (STS 431/94, de 3 de marzo; SSTS 602/1995, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero)⁴¹.

En el interesante supuesto del acometimiento o ataque cometida contra agentes de paisano. Se trata del caso en el que el sujeto activo no conoce la condición especial del pasivo, por lo que resulta de aplicación el apartado segundo del artículo 14 del Código Penal (*“El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación”*) y el hecho se calificaría como delito leve de maltrato de obra o, si hubiera existido resultado lesivo, como delito de lesiones en la modalidad que corresponda. En el caso de la resistencia activa grave se puede plantear un error –el de la legítima defensa putativa– en el que el sujeto cree equivocadamente actuar bajo los presupuestos de una legítima defensa. Éste ha sido denominado en la jurisprudencia como error de prohibición indirecto –frente al directo, que recae sobre la tipicidad de la conducta–, e implica la reducción de la pena en uno o dos grados si fuera vencible o la exclusión de responsabilidad, si fuera invencible⁴². No obstante, el tema no es pacífico en la doctrina y, en opinión de quien escribe resultaría más precisa la catalogación de error de tipo, por recaer en los hechos y no en el Derecho, de modo que la suposición equívoca de la realidad lleva al sujeto activo a actuar diferente a la del caso en que la conociera correctamente.

⁴⁰ Luzón Cuesta, José María, op., cit., pág 458.

⁴¹ También la Sala Segunda, ha declarado que tal ánimo se presume y que *«el dolo de este delito, en tanto conocimiento de los elementos del tipo objetivo contiene ya todos los elementos que demuestran que el autor quiso obrar contra un agente de la autoridad, pues quien atenta contra quien sabe que se está desempeñando como tal, quiere también hacerlo contra la autoridad que el agente representa»*, sin que se requiera *«una especial decisión del autor de atentar contra la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción»* de modo que el dolo consistirá en agresión, resistir o desobedecer a los agentes de la autoridad en el desempeño de sus funciones y deberes, con conocimiento de esa condición y voluntad de ejecutar la acción típica (STS. 743/2004, de 9 de junio).

⁴² En la STS 442/06, de 18 de abril, se aplicó esta tesis en el supuesto de un varón que se encontró a otro varón forcejeando con su esposa, ante lo cual aprehendió un palo y golpeó con él al aparente agresor, que resultó ser un agente de policía de paisano que intentaba detener a la mujer por ser sospechosa de un delito contra la salud pública.

2.2.5. Pena y supuestos agravados

Artículo 550 CP: 2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.

3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

La penalidad se hace depender de la condición de autoridad o no del sujeto pasivo, bajo el entendimiento de que el ataque a las funciones que ejercen los sujetos investidos de *imperii* supone un ataque más grave al bien jurídico que el cometido contra agentes de la autoridad y funcionarios, a los que se considera ejecutores de sus órdenes o delegados de aquéllos. Y dentro de la primera categoría, se prevé un subtipo agravado cuando el atentado se comete contra sujetos que ejercen determinadas facetas de la autoridad del Estado que emanan directamente de la Constitución.

Artículo 551 CP: Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que el atentado se cometa:

1.º Haciendo uso de armas u otros objetos peligrosos.

2.º Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.

3.º Acometiendo a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo uso de un vehículo de motor.

4.º Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de un motín, plante o incidente colectivo en el interior de un centro penitenciario.

El artículo 551 del Código Penal recoge posibilidades de ataque en las que el legislador ha considerado que existe un desvalor de la acción superior al previsto para el tipo básico –recordemos que un mayor desvalor del resultado tendría acogida mediante la punición independiente mediante la fórmula del concurso ideal– y que en algunos casos exige una remisión a la doctrina general de otros delitos.

Así, por ejemplo, a los apartados primero y segundo les resulta aplicable las reglas de determinación de lo que debe considerarse por armas, objetos, medios, métodos o formas a que se refiere artículo 148.1º del Código Penal relativo a las lesiones agravadas. En este caso, el castigo de las lesiones –salvo que concurren los resultados previstos en los artículos 147.2, 149 ó 150– debería efectuarse utilizando el artículo 147.1, puesto que la aplicación del artículo 148 es potestativa y el empleo simultáneo en la calificación penal del hecho de los artículos 148.1 y 551, apartados primero o segundo, implicaría la doble punición de la utilización de esas armas, objetos, métodos, medios o instrumentos peligrosos.

Por el mismo motivo, el apartado 3º impediría igualmente la apreciación del artículo 148.1, pero no la del artículo 381 –delito contra la seguridad vial– cuando la acción de atacar a la autoridad, agente y funcionario pusiera en concreto peligro a otras personas distintas del objetivo del sujeto activo.

Y el apartado cuarto debiera excluir una apreciación de la circunstancia agravante de abuso de superioridad cuando ésta se fundamente exclusivamente en la superioridad numérica, es decir, en que la agresión, acometimiento o resistencia activa grave se ha cometido por la acción conjunta de varias personas que desborde las posibilidades de defensa del sujeto pasivo.

Finalmente hay que señalar que, como apunta Lamarca Pérez⁴³, la reforma de 2015 ha eliminado la agravante específica de prevalerse el autor de los hechos de su condición pública, pero no existe ningún obstáculo para que pueda apreciarse la agravante genérica prevista en el art. 22.7 CP.

3.2.6. Delito único

Interesa resaltar que la pluralidad de sujetos pasivos (agentes de la autoridad, autoridades o funcionarios) atacados o acometidos, no da lugar a tantos delitos de atentado cuantos sean los agentes sino que integrarían un único delito de atentado siempre que la acción sea unitaria (STS 987/2009 de 13-10; STS 7290/2011, de 2-11) sin perjuicio, claro está, de que haya pluralidad de delitos de resultado (lesiones, muertes, etc.), tantos cuantos agentes, unidos todos ellos en concurso ideal con el delito único de atentado (por todas STS 987/2009 de 13-10).

3.2.7. Posible problema concursal con el delito de homicidio del artículo 138.2 b) tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo

La reforma del Código Penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015 suscita la cuestión de si en los atentados con homicidio de los arts. 551 y 554, se calificará por el homicidio agravado del art. 138.2.b o si procederá el concurso entre el tipo básico de homicidio y el atentado correspondiente. Siguiendo a Moreno Verdejo⁴⁴ podemos distinguir:

– Respecto del art. 551 CP: no existe problema en aplicar el homicidio agravado cuando concurra alguna de las modalidades de atentado del art. 551. De hecho, este precepto se aplicará en la mayoría de los casos en tanto que para la realización del homicidio será normal que se haya hecho uso de “armas u otros objetos peligrosos” (art. 551.1º). Además, las circunstancias 2º (lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables, incendio y utilización de explosivos), 3º (uso de un vehículo de motor) y 4º (motín en centro penitenciario) son también perfectamente posibles. En estos casos, la pena del homicidio agravado del art. 138.2.b) (15 años y 1 día a 22 años y 6 meses) no podría alcanzarse en ningún caso con la regla del concurso ideal del art. 77.2 entre el tipo básico del homicidio (138.1, prisión de 10 a 15 años) y el atentado del art. 550 y 551.1º (con penas de 3 a 4 años y 6 meses si es contra funcionario, de 4 a 6 años si se tratara de autoridad; y de 6 a 9 años si se tratara de alguna de las autoridades específicamente mencionadas en el 550.3). El art. 77.2 obligaría a imponer la pena del más grave (tipo básico del homicidio) en su mitad superior (de 12 años, 6 meses y 1 día a 15 años).

⁴³ Lamarca Pérez, Carmen, op., cit., pág 852.

⁴⁴ Moreno Verdejo, Jaime, "Novedades en la tipificación de los delitos de homicidio y asesinato dolosos", Revista del Ministerio Fiscal, nº1, pág. 7.

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

En estos supuestos, Moreno Verdejo admite, sin duda, la inclusión respecto de los funcionarios públicos, reduciendo, a lo sumo, la cuestión a las personas que, sin ser funcionarios públicos, acuden en auxilio de la autoridad o funcionario público atacado o al personal de seguridad privada que desarrolle actividades de cooperación y bajo el mando de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad. Respecto de todos ellos, apunta el autor, las circunstancias específicas en que se exige por el art. 554 que se hallen los sujetos pasivos para aplicar las penas del atentado presuponen el ejercicio de funciones merecedoras de la especial protección que se dispensa en este homicidio agravado al principio de autoridad.

3. RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA

Artículo 556 CP: 1. Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, o al personal de seguridad privada, debidamente identificado, que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses.

3.1. Cuestiones generales

El artículo 556 CP se configura de manera residual al tipo del atentado, si bien la única posible confluencia existe en la conducta de la resistencia.

Las novedades introducidas por LO 1/2015, de 30 de marzo, son:

1. En lo referente a la resistencia, la novedad respecto a la redacción previa a la LO 1/2015 es la exigencia de que ésta sea grave. Con anterioridad, el artículo 556 CP castigaba tanto la resistencia pasiva grave como la activa no grave, mientras que la resistencia pasiva leve tenía encaje –según la jurisprudencia– en la destipificada falta del artículo 634 (STS 27/2013, de 21 de enero). En la actualidad el artículo 556 se refiere únicamente a la resistencia pasiva grave, mientras que la activa grave mantiene su sede punitiva en el artículo 550 CP, como modalidad de atentado. La resistencia leve, sea activa y pasiva, pasa al ámbito del Derecho Administrativo sancionador (LO 4/2015, de Seguridad Ciudadana).

2. En cuanto al sujeto pasivo, se incorpora el personal de seguridad privada, si bien se mantiene la no inclusión de los funcionarios públicos.

3. Penalidad, se establece como alternativa la pena de multa y, en cuanto a la privación de libertad, se rebaja el límite mínimo, lo que en opinión de Cuerda Arnau permite una respuesta más proporcionada⁴⁵.

4. El precepto incorpora como delito una parte de la antigua falta del artículo 634 CP, si bien la conducta “faltar al respeto y consideración debida” tiene como sujeto pasivo únicamente la autoridad, y no sus agentes, por lo que, lo que se destipifica, son las conductas que recaigan sobre éstos y no sobre la autoridad misma.

2.2. Conducta típica

La conducta típica viene integrada por la resistencia leve o la desobediencia grave. En opinión de Lamarca Pérez⁴⁶, para poder distinguir ambas figuras es preciso que la resistencia suponga ejercicio, aunque sea mínimo de fuerza o violencia.

3.2.1. Resistencia

La resistencia es activa cuando reúne los caracteres del acometimiento, la agresión o la intimidación al sujeto pasivo con el propósito de impedir su lícita actuación contra el sujeto activo o un tercero al que pretende beneficiar frustrando la acción ya iniciada o anunciada del primero. La resistencia es pasiva cuando se traduce en nulo o escaso empleo de energía que pretende esa frustración antes aludida, pero que no implica agresión, acometimiento ni intimidación. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido atenuando esta distinción tradicional ampliando el ámbito de aplicación del delito de resistencia y restringiendo el de atentado mediante el recurso al principio de proporcionalidad lo que obliga a excluir aquellas “conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término” (STS 740/2001, de 4 de mayo) De este modo, en el ámbito de resistencia del art. 556 tienen cabida, junto a los supuestos de resistencia pasiva, otros de resistencia activa cuando no estén revestidos de dicha nota de gravedad (SSTS 1828/2001, de 16 de octubre, 361/2002, de 4 de enero, 670/2002 de 3 de abril)⁴⁷.

Por ello, aunque la resistencia del artículo 556 es de “carácter pasivo y donde no existe agresión o acometimiento, puede concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de tono moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, cual sucede en el supuesto del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad (STS 912/2005 de 8 de julio), en que “más que acometimiento concurre oposición ciertamente activa” que no es incompatible con la aplicación del art. 556 CP (STS 607/2007 de 4 de mayo).

⁴⁵ Cuerda Arnau, M^a.L., op., cit., pág. 1293.

⁴⁶ Lamarca Pérez, Carmen, op., cit., pág 853.

⁴⁷ En definitiva se produce “una ampliación del tipo de la resistencia [...] que es compatible [...] con actitudes activas del acusado; pero ello sólo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcionario, por ejemplo [...] cuando la policía trata de detener a un sujeto y éste se opone dando manotazos o patadas contra aquél”, pero no en los casos “en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo” (STS 819/2003, de 6 de junio). No obstante, la idea de la proporcionalidad debe tenerse presente en todo momento, puesto que la resistencia pasiva grave o la activa que, con arreglo a jurisprudencia, puede encuadrarse en el art. 556 CP puede devenir en acometimiento o agresión de manera sobrevenida. Ello ocurre cuando se lanza un ataque contra el sujeto pasivo que, a todas luces y atendiendo a las circunstancias, resulta innecesario y exagerado para el fin de huir del policía o frustrar la acción de aquél. Es el ejemplo de la antes citada SAP Las Palmas 21/2016, de 28 de enero.

3.2.2. Desobediencia

Por su parte, la **desobediencia** implica la falta de cumplimiento de una orden directa y terminante del sujeto pasivo. Debe ser grave, pues en el caso contrario era de aplicación la antigua falta del art. 634 CP, actualmente desplazada al ámbito administrativo sancionador.

No constituye desobediencia el incumplimiento de las órdenes de los agentes en la huida por quien previamente había cometido una infracción penal, con el fin de evitar su punición salvo que en la huida se despliegue una conducta activa (STS 1161/2002, de 17 de junio) o empleo de fuerza (STS 853/2000, de 12 de mayo) o se ponga en peligro al agente (STS 893/2000, de 12 de mayo; 531/2002, de 20 de marzo).

La STS 27/2013, de 21 de enero, sintetiza la jurisprudencia de la Sala mediante los siguientes criterios para diferenciar la desobediencia grave de la leve:

- a) La reiterada y manifiesta oposición al cumplimiento de la orden legítima, emanada de la autoridad y los agentes.
- b) Grave actitud de rebeldía.
- c) Persistencia en la negativa, esto es, en el cumplimiento voluntario del mandato.
- d) La contumaz y recalcitrante negativa a cumplir con la orden.

La aplicación del artículo 556 CP debe ceder ante otros preceptos del Código en virtud de la regla de especialidad del art. 8 CP en supuestos como la desobediencia u obstaculización a la Administración en materia medioambiental (art. 327 CP), la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas en el ámbito de la seguridad vial (art. 383 CP), las desobediencias cometidas por funcionario en el ámbito de sus funciones (arts. 410 a 412 CP), la incomparecencia a juicio (art. 463 CP) o el quebrantamiento de pena o medida cautelar (art. 468 CP), entre otros.

Finalmente, la falta de respeto implica el mantenimiento de dicha modalidad prevista anteriormente en la falta del art. 634 CP, ahora como delito leve y con un incremento en las extensiones mínima y máxima de la pena. La diferencia es que el nuevo precepto no protege de las ofensas a los agentes, sino únicamente a quienes tienen reconocida conforme al Código la condición de autoridad.

Este supuesto ha sido calificado como de “contornos imprecisos” por algún autor⁴⁸, ya que en su opinión más se parece a un caso de delito de injurias o contra la integridad moral que a los de desobediencia leve que antes constituían una falta y cuya diferencia con la grave, según la jurisprudencia, radicaba en la importancia de la materia sobre la que versa la orden desobedecida, la persistencia en su incumplimiento o la jerarquía o rango de la autoridad que da la orden y el desprestigio causado a la misma.

Sobre la antigua falta manifestó el Tribunal Constitucional que deben considerarse impunes por enmarcarse en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (art. 20 CE) aquellas manifestaciones dirigidas a la crítica, incluso molesta, de las conductas efectuadas por funcionarios y autoridades en el ejercicio de sus funciones. Al contrario, no se encuentran amparadas por tal libertad las expresiones indudablemente injuriosas o

⁴⁸ Lamarca Pérez, Carmen, op., cit., pág 854.

que supongan ataques personales que pretendan menoscabar la reputación de aquéllos. *“La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)”*. No obstante, la supresión de la antigua falta de desobediencia del artículo 634 CP, plantea el problema de qué ocurre con aquellas conductas de contenido injurioso o amenazante sobre agentes de la autoridad y cometidas tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, y que encontraban acomodo en tal precepto. En la actualidad, es conveniente distinguir según que la acción sea constitutiva de amenazas o de injurias, en el primer caso (aquellas ocasiones en los que el sujeto activo se dirige a los policías con expresiones tales como: “ya te veré por ahí” o “ya te cogeré de paisano”), si bien es cierto que tras la destipificación de la desobediencia leve con la supresión del artículo 634 CP, no encontrarían por esta vía respuesta penal pero sí por la genérica del delito leve de amenazas, pues, entre otras razones, esa sería la tipificación en el caso de que el sujeto pasivo fuese un particular, y, evidentemente, el agente de la autoridad no puede ser de peor derecho.

Distinto es el caso de que la acción sea constitutiva de injurias, pues tras la destipificación de las injurias leves el 1 de Julio de 2015, la conducta sería atípica, sin perjuicio de la respuesta en vía administrativa por la LO 4/15, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

CAPÍTULO 34

Páginas 937 a 938: sustituir el epígrafe I:

I. INTRODUCCIÓN

1. Estructura del Título XXII

Los delitos contra el orden público se encuentran regulados en el Código Penal, en su Libro II, “Delitos y sus penas”, Título XXII, bajo la rúbrica de “Delitos contra el orden público”, artículos 544 a 580, que se estructuran del siguiente modo:

CAPÍTULO I. Sedición (artículos 544 a 549).

Dicho capítulo ha sido suprimido por el artículo 1, apartado 20, de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.

CAPÍTULO II. De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia (artículos 550 a 556).

CAPÍTULO III. De los desórdenes públicos (artículos 557 a 561).

CAPÍTULO IV. Disposición común a los capítulos anteriores (artículo 562).

CAPÍTULO V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (artículos 563 a 570).

CAPÍTULO VI. De las organizaciones y grupos criminales (artículos 570 bis a 570 *quáter*).

CAPÍTULO VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo (artículos 571 a 580).

SECCIÓN 1. De las organizaciones y grupos terroristas (artículos 571 y 572).

SECCIÓN 2. De los delitos de terrorismo (artículos 573 a 580).

En este capítulo examinaremos las conductas típicas comprendidas en los Capítulos III, IV y V del Título XXIII.

2. Bien jurídico protegido común. El orden público

Como hemos señalado en el Capítulo precedente, esta amalgama tan heterogénea de conductas sancionadas en el Título XXII del CP, tiene como denominador común un mismo bien jurídico (orden público) cuyos rasgos definitorios han mutado y seguro mutarán a lo largo del tiempo, al ser muy sensibles a las circunstancias sociales imperantes.

El Tribunal Supremo, en STS 459/2019, de 14 de octubre (sentencia dictada en el conocido como caso del “procés”), en este sentido, afirma que “el genérico concepto de orden público no es de pacífica configuración en la doctrina ni en la literatura del propio Código Penal. Suele recurrirse a conceptos de seguridad en un sentido material como presupuestos de pacífica convivencia, reflejo de principios inderogables de alcance constitucional que, en todo caso, deben diferenciarse de la mera tranquilidad pública. Se trataría, en fin, de la protección penal del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus

funciones -siempre de acuerdo con los principios democráticos que confieren legitimidad a su actuación- y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado.

La diversidad de tipos incluidos en el Título XXII –desórdenes públicos, atentados, resistencia, desobediencia tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, organizaciones y grupos criminales y terrorismo– y la gravedad de la respuesta penal asociada a algunos de ellos, constituyen un óbice a ese reduccionismo en la configuración del bien jurídico protegido. De hecho, algunos de los delitos de terrorismo alojados bajo la rúbrica de delitos contra el orden público exigen un elemento tendencial, encaminado a ‘...subvertir el orden constitucional’ (cfr. art. 573.1.1 CP). Son preceptos, por tanto, que desbordan los reducidos límites del concepto de orden público concebido como bien jurídico autónomo. Todo ello ha llevado a diferenciar el orden público de otros conceptos como el de paz pública, que permitiría construir un bien jurídico identificable con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. E incluso a negar la funcionalidad taxonómica del concepto de orden público que se ve comprometido en la práctica totalidad de delitos, hasta el punto de que se ha visto en ese enunciado una cláusula puramente formal, que exige acudir, en cada caso concreto, al interés protegido en los distintos tipos penales incluidos bajo su ámbito”.

Sin perjuicio de la disquisición contenida en dicha sentencia, dados los tipos objeto de examen en el presente epígrafe del capítulo (desórdenes públicos), se estima preciso ofrecer un concepto instrumental de lo que debe entenderse por orden público tutelado penalmente. En este sentido la STS 337/2014, de 16 de abril, entiende que el orden público en un Estado de Derecho sólo puede referirse a la protección del “núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”. Por ello, a este fin, puede definirse el orden público como “aquella situación de convivencia ciudadana que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos en beneficio de intereses que superan los meramente individuales”⁴⁹.

Página 947: sustituir el epígrafe III:

II. DESÓRDENES PÚBLICOS

1. Estructura

Los delitos de desórdenes públicos se encuentran regulados en el referido Título XXII, Capítulo III, bajo la rúbrica “De los desórdenes públicos”, que comprende los artículos 557 a 561 y sanciona las siguientes conductas:

Artículo 557:

Apartado 1º. Tipo básico.

Apartado 2º. Tipo hiperagravado. Afectación grave del orden público.

⁴⁹ En igual sentido, SSTS 1030/2007, de 4 de diciembre y 445/2016, de 25 de mayo, entre otras. El Tribunal Constitucional en su STC 66/1995, de 8 de mayo, ha utilizado el concepto de orden público como “sinónimo de respeto de los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político”.

Apartado 3°. Circunstancias agravantes específicas.

Apartado. 4°. Actos preparatorios.

Apartado 5°. Provocación de avalancha o estampida.

Apartado 6°. Cláusula concursal.

Artículo 557 bis. Alteración de la paz pública mediante invasión u ocupación de inmueble.

Artículo 557 ter. Suprimido por la LO 14/2022.

Artículo 558. Perturbación del orden en actos o establecimientos públicos.

Artículo 559. Suprimido por la LO 14/2022.

Artículo 560. Daños en instalaciones de telecomunicaciones, conducciones de agua o energía, correspondencia y vías férreas.

Artículo 561. Alarma colectiva infundada con movilización de efectivos.

2. Consideraciones previas. Ratio de la actual regulación

El Código Penal ha sufrido diversas modificaciones desde su promulgación por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

La dos últimas han tenido lugar por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y por Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. Una y otra fueron la respuesta del Legislador a circunstancias muy concretas de nuestra historia reciente.

En primer lugar, la regulación de los desórdenes públicos habida en la LO 1/2015, tuvo como antecedente las manifestaciones de desobediencia civil que se produjeron en numerosos territorios de nuestro país al albur del denominado Movimiento 15M y de otros posteriores acaecidos como protesta ante diversas crisis de naturaleza económica, política o social y en pretendida defensa de los derechos de la mujer, de la familia, de los derechos humanos y del medio ambiente, entre otros.

En no pocas ocasiones, aquellas legítimas expresiones colectivas de protesta desembocaron, muchas veces, en altercados violentos de distinta gravedad e índole. La reacción del Legislador a dichos comportamientos antijurídicos encontró su respuesta, principalmente, a través de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (conocida como “Ley mordaza”) y a través de la reforma de los delitos de desórdenes públicos.

La nueva y severísima regulación de los delitos de desórdenes públicos operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, fue criticada de forma mayoritaria por la doctrina, pues supuso la represión penal de conductas que dada su levedad, bien podrían haber sido consideradas como infracciones administrativas, bien, incluso, no merecer sanción de ningún tipo al suponer meras manifestaciones del ejercicio de derechos fundamentales tales como los derechos a la libertad de expresión o de reunión y manifestación.

Asimismo, dicha regulación fue criticada por su deficiente técnica legislativa (con profusión de conceptos indeterminados, duplicidad de conductas ya sancionadas en otros preceptos del mismo Código Penal e infracción de los principios de proporcionalidad y “ultima ratio” del Derecho Penal) y, como se ha anticipado, por su presumible e injustificable finalidad, especialmente en el caso de las conductas contempladas en los entonces artículos 557 a 559 CP, de “criminalizar los comportamientos de protesta social

para que el castigo indiscriminado desanime a organizadores y participantes a realizar actos reivindicativos”⁵⁰.

En segundo término, la regulación de los delitos de desórdenes públicos acaecida por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, tuvo como antecedente histórico la necesidad política de derogar el delito de sedición por el que fueron condenados distintos altos cargos del gobierno y la cámara representativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

El Preámbulo de dicha ley (en su punto VIII), afirma que “La revisión de este título persigue los siguientes objetivos: en primer lugar, armonizar la legislación española sobre esta materia con la de los países de nuestro entorno; en segundo lugar, adecuar su regulación a la realidad histórica actual, que resulta muy diferente de aquella en la que fueron concebidas algunas figuras; en tercer lugar, mejorar la redacción y clarificar la estructura de los tipos penales afectados”.

En cuanto se refiere al delito de sedición, en cumplimiento de dicho objetivo, el Legislador justifica su derogación de forma profusa, si bien, reducida, principalmente, a cuestiones de naturaleza técnica a los que se refieren, entre otros, los siguientes pasajes del Preámbulo:

“La escasa aplicación que hasta fechas recientes ha experimentado este delito ha impedido apreciar con claridad los graves problemas de interpretación que se derivan de la difícil delimitación del tipo penal y de la confusa definición de la conducta típica.

La doctrina ha criticado efectivamente la falta de claridad acerca del contenido y alcance del tipo delictivo de sedición, circunstancia esta que opera en contra del mandato de certeza propio del principio de legalidad penal.

(...) la reciente aplicación de este precepto ha puesto de manifiesto imprecisiones normativas de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad penal y el principio de proporcionalidad. Unas imprecisiones, además, que se suman al carácter obsoleto y carente de reflejo en la legislación de los países europeos de nuestro entorno jurídico. Todos estos factores aconsejan abordar de forma simultánea la supresión de esta figura a la vez que se acomete una reforma integral de otros tipos penales para centrar la acción legislativa en materia penal en la protección del bien jurídico del orden público”⁵¹.

⁵⁰ Así lo afirman, Gómez Tomillo, Manuel y Javato Martín, Antonio María. *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Editorial Aranzadi Thomson-Reuters, 1ª edición página 557 (comentario al artículo 557. Zúñiga Rodríguez, Laura).

⁵¹ Junto a la justificación ofrecida por el Legislador para derogar el delito de sedición, a fin de ponderar de forma precisa la efectividad de los objetivos perseguidos, no pueden obviarse las advertencias del Tribunal Supremo relativas a los espacios de impunidad que ello conllevaría en supuestos como los examinados en la sentencia del caso “*procés*”.

Dichas consideraciones fueron expuestas en el auto de revisión de penas impuestas a aquellos condenados, de fecha 13 de febrero de 2023, dictado a causa de la entrada en vigor de la LO 14/2022 y la derogación del delito de sedición, en el que se afirma que:

“El efecto inmediato de la reforma operada por la LO 14/2022, por tanto, ha consistido en generar un vacío normativo en el que hechos como los que fueron enjuiciados en la sentencia que ahora se revisa pueden toparse con visibles grietas de tipicidad. A partir de su entrada en vigor, la fractura del marco jurídico que hace posible la convivencia, el desbordamiento de los límites competenciales propios de la estructura del Estado y la tenaz desobediencia a los requerimientos judiciales sólo serán constitutivos de delito si van acompañados de actos de violencia o intimidación como los descritos en renovado art. 557, que serían entonces castigados como una alteración del orden público. Con anterioridad a la reforma, el delito de

Y, en cuanto se refiere a los delitos de desórdenes públicos (objeto de examen en este capítulo), el Preámbulo afirma que:

“Esta reforma integral del tipo penal del delito de desórdenes públicos pretende: dar una respuesta jurídico penal adecuada a nuevos fenómenos sociales que afectan a la figura del ejercicio de las legítimas competencias por parte de las autoridades; reforzar el principio de legalidad penal en todas sus expresiones y muy especialmente en lo relativo a la debida proporcionalidad entre delitos y penas y a la taxatividad de los tipos penales; acercar la legislación penal española a la de los países de nuestro entorno; adecuar a los valores propios de una sociedad democrática y permitir a los operadores jurídicos interpretar con total claridad la legislación existente sobre la materia cuando deban aplicarla”.

A tal fin, de acuerdo con el mismo Preámbulo y la nueva regulación de los tipos, cabe afirmar que las modificaciones más relevantes que se introducen son las siguientes:

- a) Supresión del delito de sedición.
- b) Nueva regulación del delito de desórdenes públicos (art. 557 CP) caracterizado por la confluencia de tres elementos necesarios: la actuación en grupo, la finalidad de atentar contra la paz pública y la existencia de violencia e intimidación.
- c) Introducción de un nuevo tipo agravado de desórdenes públicos (art. 557.2 CP) que exige que sea cometido “por una multitud cuyas características (número, organización y finalidad) sean idóneas para afectar gravemente el orden público, entendido como el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos”.
- d) Reordenación de las conductas típicas y circunstancias agravantes específicas, así como supresión de algunas de ellas, introducidas en el Código Penal a través de la LO 1/2015.

En este sentido y a título de ejemplo, (i) se suprime la posibilidad de comisión individual de alguno de los delitos de desórdenes públicos (posibilidad que era contemplada bajo la expresión: “individualmente, pero amparados en él”); (ii) se abole el delito de difusión de consignas incitando a la comisión de conductas constitutivas de delitos de desórdenes públicos (artículo 559 del Código Penal anterior); y (iii) se suprime la circunstancia agravante específica de exhibición de un arma simulada (circunstancia agravante prevista en el precedente artículo 557 bis.1, circunstancia 1º del Código Penal).

3. Conductas típicas

a) Tipo básico de desórdenes públicos

sedición (...) no exigía una movilización violenta. Podía conocer episodios de violencia -así aconteció indudablemente en los hechos enjuiciados-, pero también era punible cuando simplemente se ejecutaba «fuera de las vías legales». A raíz de la reforma, entre el delito de rebelión regulado en el art. 472 del CP y el delito de desórdenes públicos previsto en el art. 557 existe un espacio intermedio que puede alojar en el futuro conductas gravemente atentatorias al sistema constitucional, en el que la observancia de las leyes y el de las resoluciones judiciales, si no fueran acompañados de una violencia preordenada a esos fines o no implicaran actos de violencia o intimidación sobre las personas o las cosas quedarían impunes. La deslealtad constitucional y el menosprecio a las bases de la convivencia, incluso cuando fueran seguidos de un alzamiento público y tumultuario, no necesariamente violento, no serían susceptibles de tratamiento penal. En otras palabras, la creación de un marco normativo de ruptura territorial que preparara la secesión del territorio del Estado, incluso acompañada de actos multitudinarios que condujeran a la inobservancia generalizada de las leyes y al incumplimiento de las decisiones gubernativas o jurisdiccionales que intentaran ponerle término, serían ajenas a la intervención del derecho penal”.

Artículo 557 CP: 1. 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, ejecuten actos de violencia o intimidación:

a) Sobre las personas o las cosas; u

b) obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o

c) invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares.

Como ya se ha advertido con ocasión del examen de las novedades más relevantes operadas por la LO 14/2022, la nueva regulación del tipo básico delito de desórdenes públicos (art. 557 CP) se caracteriza por la confluencia de tres elementos necesarios: la actuación en grupo, la finalidad de atentar contra la paz pública y la existencia de violencia e intimidación, todos ellos, descritos en su apartado primero.

Por tanto, en el tipo básico de los delitos contra el orden público se distinguen los siguientes elementos cumulativos:

a) Que el sujeto activo actúe en grupo. El Código Penal regresa a la concepción clásica de sujeto colectivo propia de esta modalidad delictiva, ya que su comisión requiere de la participación conjunta de una pluralidad de personas que deben actuar al unísono, en grupo, y ello, sin perjuicio de que la responsabilidad penal de cada uno de tales integrantes sea individual, en función de su distinta aportación a la conducta típica colectiva⁵².

Asimismo, conviene realizar dos aclaraciones. De un lado, que no se trata de un grupo criminal, por lo que no debe estarse, para su delimitación, a la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 570 ter. del Código Penal. Se trata de un concepto más amplio y elástico. Y, de otro lado, que el grupo no tiene por qué estar compuesto, necesariamente, por un número amplio de personas (basta grupos reducidos, por ejemplo, de 5 personas⁵³).

b) Como elemento subjetivo, la finalidad de atentar contra la paz pública. Se requiere, por tanto, que el sujeto activo plural lleve a cabo la conducta típica no solo con ese fin, sino también con conocimiento de que la misma es susceptible de alterar la paz pública y, pese a ello, la ejecute⁵⁴.

El dolo, por tanto, debe abarcar tanto el conocimiento y voluntad de llevar a cabo la conducta típica por alguno de los medios descritos en el tipo, como la voluntad de, con ello, atentar contra la paz pública.

⁵² El sujeto activo colectivo puede estar perfectamente delimitado al tiempo de la iniciación de la ejecución de la conducta o bien “es posible la incorporación (...) de sujetos que no hayan participado en los actos iniciales, pero que, sin embargo, asumiendo lo ya realizado y aceptando sus efectos, se unen a la ejecución, o bien contribuyen de forma relevante al mantenimiento de las conductas típicas, soportando con su aportación la pervivencia del desorden provocado e impidiendo la restauración de la normalidad” (STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011).

⁵³ STS 136/2006, de 8 de febrero de 2007.

⁵⁴ STS 458/2019, de 18 de septiembre.

Desde antiguo señala nuestro Tribunal Constitucional que la finalidad específica de alterar la paz pública es la que caracteriza la antijuridicidad de la conducta⁵⁵.

Asimismo, debe destacarse que basta un conocimiento genérico o potencial, no siendo preciso que los distintos integrantes del grupo sepan de las concretas acciones que los otros integrantes vayan a ejecutar. Es decir, basta con un conocimiento que abarque la grupal conducta atentatoria contra la paz pública.

c) Que realice la conducta típica, en cualquiera de sus modalidades, mediante la ejecución de actos de violencia.

Dichas modalidades se corresponden con aquellas que habían sido delimitadas en la redacción original del Código Penal (LO 10/1995). A saber:

a) Sobre las personas o las cosas

Dicha modalidad comprende, en realidad, dos, como se advierte del uso de la conjunción alternativa “o”.

De un lado, la realización de actos de violencia (ya física, ya compulsiva), sobre las personas, comprensivos no solo de conductas susceptibles de ser calificadas como delitos de lesiones o amenazas, sino también, cualquier otro acto que se realice con violencia sin que sea preciso que se produzca un resultado lesivo⁵⁶.

Y, de otro lado, la ejecución de actos de violencia sobre las cosas, que abarcan tanto las conductas incardinables en el tipo de daños, como aquellas caracterizadas por su ejecución violenta y su gravedad, aun cuando no se produzca un resultado típico concreto⁵⁷.

b) Obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas

Dicha modalidad se integra por dos requisitos que deben acaecer de forma cumulativa a los propios del tipo (en particular, al uso de violencia⁵⁸). En primer lugar, la

⁵⁵ STC 59/1990, de 29 de marzo.

⁵⁶ En este sentido, Mañas de Orduña, Álvaro, en la revista LA LEY Penal nº 141, noviembre-diciembre 2019, Delincuencia callejera, 1 de nov. de 2019, Estudio monográfico: Los delitos de desórdenes públicos en la LO1/2015 y su situación actual: en construcción; Editorial Wolters Kluwer; Madrid, pág. 20.

⁵⁷ En este sentido, Mañas de Orduña, en *op. cit.* afirma que “No puede admitirse que cualquier acto violento, cualquiera que sea su intensidad o modalidad, sea suficiente para integrar el tipo objetivo exigido por el delito de desórdenes públicos. Debe ser grave, ya por sí solo, ya considerado de forma conjunta. Gravedad que debe predicarse también del resultado, ha de producirse una alteración grave de la paz pública.

De modo que la referida alteración podrá tener lugar, tanto si se realizan actos que por sí solos merecen el calificativo de graves (por ejemplo, en atención a la entidad de la violencia empleada o del resultado producido), como si se cometen múltiples acciones violentas calificables como leves, de escasa potencia, pero que, consideradas globalmente (por su ejecución múltiple, plural, continuada y querida por el grupo) son aptas para afectar gravemente al bien jurídico protegido”.

⁵⁸ En la redacción original del tipo, la correspondiente a la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se exigía la creación de un riesgo para la personas que circularan por aquellas vías, si bien no se exigía que dicho riesgo tuviese su origen en actos violentos. Por ello, el Tribunal Supremo admitía que el tipo podía producirse tanto de forma violenta como no violenta. En este sentido, STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011.

obstaculización de la vía pública⁵⁹ y, en segundo término, la generación de un peligro para la vida o salud de las personas.

c) Invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares

Dicha modalidad, de nuevo, supone el retorno a una de las modalidades del delito de desórdenes públicos comprendidas en la redacción original del Código Penal de 1995.

También en este caso nos hallamos ante una conducta compleja que, además de los requisitos comunes antes aludidos, precisa tanto del acceso y permanencia en la instalación o edificio (lo que supone que se realice de forma in consentida), como de la efectiva alteración de los servicios esenciales a los que dichas instalaciones o edificios están vinculados.

b) Tipo hiperagravado. Afectación grave del orden público

Artículo 557 CP: 2. *Los hechos descritos en el apartado anterior serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público. En caso de hallarse los autores constituidos en autoridad, la pena de inhabilitación será absoluta por tiempo de seis a ocho años.*

INCISO PRIMERO. Este tipo constituye la principal novedad de la regulación operada por la LO 14/2022. Según su Preámbulo, “Esta modalidad agravada exige que el delito de desórdenes públicos sea cometido por una multitud cuyas características (número, organización y finalidad) sean idóneas para afectar gravemente el orden público, entendido como el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos”.

Se erige, así, como la “respuesta penal a fenómenos específicos y especialmente graves de alteración del orden público cuando éste se ve objetivamente amenazado por multitudes constituidas para conseguir dicho fin”.

Dicho tipo, debe ser considerado como de aplicación excepcional y residual del previsto en el apartado precedente con el que comparte elementos que, en algún supuesto, cualifica.

En efecto, el elemento de actuar en grupo es exacerbado, al exigirse que nos hallemos ante una multitud, cuyo número y composición no se precisa y, por tanto, deberá concertarse en cada caso concreto.

⁵⁹ Por vía pública debe entenderse la así reconocida en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y en el Anexo I de dicha ley.

Artículo 2. Ámbito de aplicación: *Los preceptos de esta ley son aplicables en todo el territorio nacional y obligan a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común y, en defecto de otras normas, a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios.*

Dicho de otro modo, no será bastante con que el grupo se integre por un número elevado de personas, sino que se precisa que ese número sea desbordante e inabarcable para ser contenido o controlado.

Por ello, los requisitos que se anudan al concepto de multitud (número, organización y finalidad de alterar gravemente la paz pública) serán los que permitan diseccionar cuándo nos hallaremos ante una multitud en su concepción típica, o ante un mero grupo elevado (incluso numerosísimo) de personas.

Nos hallamos, en definitiva y como afirma el Preámbulo de la LO 14/2022, ante “un tipo de peligro que, aunque no exige que el orden público llegue a verse efectivamente afectado o impedido, sí requiere que se hayan dispuesto los elementos de una forma adecuada para haberlo puesto en peligro”.

INCISO SEGUNDO. El último inciso, viene a recoger la circunstancia agravante 5º del pretérito artículo 557 bis del Código Penal (LO 1/2015).

Su ratio se halla en el mayor reproche que merece la conducta típica cuando quien altera la paz pública es una autoridad que, paradójicamente, está llamada a preservarla, pues “no puede olvidarse que del referido aprovechamiento deriva un indudable daño para la función pública al instrumentalizarla para fines ajenos a los que la legitiman”⁶⁰.

En este sentido, se advierte que de forma injustificada la LO14/2022 limita la aplicación de dicha circunstancia agravante al delito de desórdenes públicos hiperagravado, impidiendo, por tanto, su efectiva aplicación a los supuestos del tipo básico, pese a la indudable mayor antijuridicidad de la conducta que ello supondría.

Parece, en definitiva, que, lejos de agravar, se pretende privilegiar (mediante la despenalización de la agravación) a la autoridad que cometa el delito del art. 557.1 CP, es decir, a la que con violencia atente contra la paz pública, puesto que, pese a la evidente deslealtad al Estado de Derecho y al principio de autoridad que ella misma encarnaría, no podría ser castigado a una pena de inhabilitación absoluta que le impediría continuar en el cargo o ejercicio de la función pública de la que no es merecedor.

c) Circunstancias agravantes específicas

Artículo 557 CP: 3. *Las penas de los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior a los intervinientes que portaran instrumentos peligrosos o a los que llevaran a cabo actos de pillaje.*

Estas penas se aplicarán en un grado superior cuando se portaran armas de fuego.

En este precepto se establecen distintas agravaciones de las conductas previstas en el artículo 557, apartados 1 y 2 CP, circunstancias que ya fueron consideradas como tales en la legislación precedente (LO 1/2015). Son las siguientes:

1. Porte de instrumentos peligrosos o armas de fuego

⁶⁰ STS 213/2017, de 29 de marzo, “Sobre la aplicación de esta circunstancia agravante, tiene declarado esta Sala (...) que se requiere que la condición de funcionario público, en sentido amplio, sea real y además se ponga al servicio del propósito criminal, aprovechándose así de las ventajas que el cargo le ofrezca para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo”.

La indeterminación del concepto instrumento peligroso y su vinculación al verbo portar invita a la prudencia. En este sentido, se estima que la jurisprudencia consolidada relativa al uso de armas y objetos peligrosos en los delitos de lesiones o de robo con violencia puede servir de criterio orientativo.

Distinto es el porte de armas de fuego. En este caso, el plus de antijuridicidad de la conducta es evidente. El porte de un arma de fuego no ofrece alternativa, bien se lleva con el propósito potencial de intimidar, bien con el de usarla. La extraordinaria potencia lesiva de tales artefactos justifica la agravación y su tratamiento penológico diferenciado con el mero porte de los instrumentos peligrosos.

En este sentido, deben reputarse por arma de fuego cualquiera las así definidas por el artículo 2 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, *por el que se aprueba el Reglamento de Armas*, que afirma que arma de fuego es “*Toda arma portátil que tenga cañón y que lance, esté concebida para lanzar o pueda transformarse fácilmente para lanzar un perdigón, bala o proyectil por acción de un combustible propulsor*”⁶¹.

2. Llevar a cabo actos de pillaje

La RAE define al pillaje como “hurto, latrocinio, rapiña” y “robo despojo y saqueo”⁶². La mayor antijuridicidad de la conducta justifica su agravación. Es obvio el mayor reproche penal que merece quien, además de cometer el delito de desórdenes públicos, aprovecha su participación en él para robar o saquear, aumentando, con ello el atentado al bien jurídico protegido.

d) Actos preparatorios

Artículo 557 CP: 4. *La provocación, la conspiración y la proposición para las conductas previstas en los apartados 2 y 3 del presente artículo serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas.*

En la reforma operada por LO 14/2022 el Legislador ha optado por suprimir la conflictiva fórmula introducida en la LO 1/2015, de sancionar los actos preparatorios en algunos delitos de desórdenes públicos a través de la fórmula: “inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público o refuercen la decisión de llevarlos a cabo” que fue unánimemente criticada por la doctrina (este era el caso de los artículos 557.2 y 559). Por ello, el retorno a la fórmula clásica de punición de los actos preparatorios (artículos 16 a 19 del Código Penal) se reputa como un acierto. Con ello se otorga seguridad jurídica a la regulación lo que redundará no solo en el respeto al principio de tipicidad en su vertiente de previsibilidad, sino que, además, elimina espacios difusos de impunidad.

e) Provocación de avalancha o estampida

⁶¹ La nueva regulación suprime la agravación específica de “exhibir armas simuladas” que fue incorporada a la legislación precedente por LO 1/2015. La supresión no es congruente en este punto. En este sentido, Mañas de Orduña, en *op. cit.*, justificó la incorporación de la agravación del siguiente modo: “Debe partirse del concepto de arma simulada como aquella que hace creer en la persona ante quien se exhibe que se encuentra en presencia de un arma real. Esa amenaza es extrema. Es lógica su agravación dado el temor que esa exhibición puede causar en la víctima”. Consideraciones que son ahora compartidas.

⁶² Aunque lo refiere al llevado a cabo por soldados en un país enemigo.

Artículo 557 CP: 5. Será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años quien en lugar concurrido provocara avalancha, estampida u otra reacción análoga en el público que pongan en situación de peligro la vida o la salud de las personas.

Dicho precepto constituye una de las novedades más acusadas de la nueva regulación de los delitos de desórdenes públicos. Su configuración es confusa dado que aparenta el castigo de un acto preparatorio y, sin embargo, su consumación responde al de los tipos de resultado (pese a utilizar en su redacción la palabra peligro).

A ello debe añadirse que se aparta de los delitos de desórdenes públicos regulados en el artículo 557.1 y 2 CP en la medida en que no se requiere, para su comisión, la concurrencia de ninguno de los elementos caracterizadores de aquellos (actuación en grupo; violencia; finalidad de atentar contra la paz pública)⁶³.

En este sentido, el tipo se configura por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Como sujeto activo, el delito puede ser cometido tanto de forma individual como conjunta o grupal.

Por el contrario, el sujeto pasivo es plural o colectivo, es decir, se integra por un grupo indeterminado de personas que, por su número y circunstancias, ante un fuerte estímulo exterior, puede reaccionar de forma incontrolada.

El Legislador se refiere, como sujeto pasivo “al público”. Parece, con ello, restringir la aplicación del tipo a espectáculos o eventos colectivos⁶⁴.

b) La conducta típica consiste en la realización de actos que, por su naturaleza y relevancia, sean bastantes para provocar una “avalancha, estampida u otra reacción análoga en el público que pongan en situación de peligro la vida o la salud de las personas”, es decir, una reacción excitada e incontrolable del sujeto pasivo colectivo.

El legislador utiliza los conceptos avalancha o estampida y a ellos asimila el de “reacción análoga en el público que ponga en situación de peligro la vida o la salud de las personas”. Dada la configuración del tipo, parece que el Legislador parte de la premisa de que tanto una avalancha, como una estampida de personas (público) ponen en riesgo la vida o la salud de las personas. Es decir, provocada la avalancha o estampida (este es el resultado de la conducta), el riesgo expuesto es inherente. En este sentido, el delito se configura como un tipo de resultado.

Dicho de otro modo, el delito se consuma cuando se produce la avalancha o estampida de personas.

⁶³ Es indudable que su ubicación sistemática entre los delitos contra el orden público es idónea, si bien hubiese sido deseable que dicha conducta apareciese regulada de forma autónoma en un precepto individual y no como un apartado del art. 557, donde se regulan los tipos de desórdenes públicos en sentido propio. Es más, hubiese sido deseable que este delito, junto con los comprendidos en los artículos 558, 560 y 561, hubiesen sido agrupados, dentro el Capítulo “De los desórdenes Públicos”, en una sección individual, pues en ninguno de ellos se exige, para la comisión del delito, la actuación conjunta o grupal.

⁶⁴ En este sentido, la acepción octava de tal palabra contenida en el diccionario de la RAE define público como “Conjunto de personas reunidas en determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante”.

Esta consideración se ve ratificada por la fórmula de cierre empleada por el Legislador: “reacción análoga en el público que ponga en situación de peligro la vida o la salud de las personas”, pues es evidente que cualquier comportamiento colectivo semejante a una estampida o avalancha de personas conllevará un riesgo para su vida o salud.

Los actos que pueden dar lugar al resultado típico son de diversa índole, pero, en todo caso, deben tener la seriedad y potencialidad de principiar la reacción colectiva que se pretende evitar.

En este punto, se advierte que las circunstancias de espacio y de tiempo, así como las subjetivas del sujeto pasivo colectivo, concurrentes en el caso concreto, influirán de forma decisiva en la posible tipicidad de la conducta provocativa.

En efecto, un mismo comportamiento provocativo (por ejemplo, una alerta de incendio) puede dar lugar a una reacción en estampida o avalancha lo que sucedería en el interior de un local de reducidas dimensiones si el anuncio se hace de forma histérica; o a una mera reacción de desalojo ordenado, lo que acaecería, racionalmente, si aquel anuncio, asimismo histérico, se produce, sin embargo, en un recinto abierto, al aire libre, sin cercamiento y con múltiples vías de desalojo suficientemente señalizadas.

c) El tipo solo puede tener lugar en un “espacio concurrido”. El tamaño del espacio es indiferente, solo importa que se halle concurrido, es decir, en el que hay o asisten un gran número de personas.

La consideración de la concurrencia de este elemento en el caso concreto, dada su amplitud conceptual, de nuevo, deberá determinarse *ad causam*.

d) Finalmente, el dolo debe abarcar tanto el conocimiento y voluntad de ejecutar la conducta alarmista o provocadora, como el conocimiento de que, con ello, es posible que el plural sujeto pasivo reaccione de modo incontrolado, en forma de avalancha o estampida.

Dicha delimitación del dolo conlleva que las conductas alarmistas o provocadoras del sujeto activo, fundadas en estímulos reales (un incendio que se esté desarrollando o un aviso de bomba ante el descubrimiento de un artefacto de tal apariencia), no puedan reputarse antijurídicas, pues, en esos casos, la reacción del sujeto activo no perseguirá, en modo alguno, que se produzca una reacción incontrolada del sujeto pasivo colectivo, aun cuando sea probable, sino, al contrario, su puesta a salvo de un peligro inminente.

La posterior causación de la estampida o avalancha escaparía, por tanto, de su voluntad, siendo, en ese caso, aplicables bien la circunstancias eximente completa de estado de necesidad (art. 20.5 CP); bien la de miedo insuperable (art. 20.6 CP).

De conformidad con todo lo expuesto, el delito se configura como un tipo común, de resultado, eminentemente doloso.

f) Cláusula concursal

Artículo 557 CP: 6. Las penas señaladas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que les puedan corresponder a los actos concretos de lesiones, amenazas, coacciones o daños que se hubieran llevado a cabo.

La fórmula concursal es semejante a la prevista en las distintas y sucesivas regulaciones del artículo 557 del Código Penal.

Respecto de aquella previsión, la Sala Segunda afirmó que “el art. 557 del CP, al regular el delito de desórdenes públicos, deja bien claro que la imposición a los autores de las penas que en el mismo se establecen lo será ‘...sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código’. Esa es la voluntad legislativa y a ella se ha adaptado el Tribunal a quo al penar ambas conductas por separado” (STS 106/2009, de 4 de febrero). Se trata, por tanto, de un concurso real.

Finalmente, debe advertirse que, dado que el delito de desórdenes públicos se configura como un delito colectivo, todos los integrantes del grupo son, asimismo, autores de las conductas individualmente cometidas por cada uno de ellos a título de autor, cooperador o cómplice, dado el dominio funcional ejercido por el grupo de forma colectiva. En este sentido afirma Muñoz Conde que “una visión de la autoría fijada exclusivamente en la ejecución de los actos puede hacer perder de vista que muchas veces las acciones concretas se llevan a cabo en realización de un plan común conforme al cual los miembros del comando se reparten funciones tales como romper farolas y cabinas telefónicas, incendiar locales o contenedores o arrojar piedras o cócteles molotov contra las Fuerzas de orden público, siendo difícil identificar al autor concreto de cada una de estas acciones (...) el dominio funcional del hecho (...) puede permitir atribuir las acciones delictivas concretas realizadas por éstos a las personas que están detrás y controlan el suceso hasta en sus menores detalles”⁶⁵.

g) Alteración de la paz pública mediante invasión u ocupación de inmueble

Artículo 557 bis CP: Los que, actuando en grupo, invadan u ocupen, contra la voluntad de su titular, el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público, y causen con ello una perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal, serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, salvo que los hechos ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código.

Este tipo, fue introducido por la reforma operada por LO 1/2015, y se ha mantenido prácticamente igual en la nueva regulación (a excepción de la posibilidad de su comisión individual al amparo del grupo). Sanciona la invasión u ocupación de toda clase de inmuebles, incluso cuando no se realizase de forma violenta.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 afirmaba que la regulación del nuevo precepto encontraba su ratio en la necesidad de dar una respuesta penal atenuada a los casos en los que “la entrada en locales y establecimientos de un modo que altere su normal actividad, cuando no se hubieran llegado a producir actos de violencia o amenazas”.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial. 22ª Edición*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019. Pág. 795.

Son elementos propios de este delito, los siguientes:

- a) La necesidad de actuar en grupo, en términos iguales a los exigidos para el artículo 557.
- b) La realización del verbo típico, es decir “invadir u ocupar” lo que permite que pueda realizarse tanto de forma violenta como pacífica.
- c) El tipo de inmueble en que debe producirse (“el domicilio de una persona jurídica pública o privada, un despacho, oficina, establecimiento o local, aunque se encuentre abierto al público”).
- d) La oposición del titular, lo que puede evidenciarse a través de actos expresos o tácitos.
- e) Que con ello se cause una “perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal”. Elemento nuclear para su consideración como delito contar el orden público.
- f) Y, como elemento subjetivo, la intención de realizar la conducta típica.

En este caso, es preciso que el dolo abarque la intención de perturbar de forma relevante la paz pública y la actividad normal del establecimiento, pues ello permitirá ser lo que permita deslindar este tipo de otros semejantes ya sancionados en el Código Penal o de meras infracciones administrativas⁶⁶.

En todo caso, los principios de intervención mínima y especialidad habrán de informar la aplicación de este delito, cuyo ámbito debe restringirse a los supuestos graves de perturbación relevante y conjunta de la paz pública y de la actividad normal del local o establecimiento invadido.

h) Perturbación del orden en actos o establecimientos públicos

Artículo 558 CP: *Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.*

Este precepto, no afectado por la reforma operada por las LO 1/2015 y 14/2022, se mantiene inalterado desde su introducción en el Código Penal de 1995 y se compone los siguientes elementos:

- a) Puede ser cometido tanto individualmente como en grupo.
- b) Exige la realización de conductas, indeterminadas, que perturben gravemente el orden en los referidos actos o lugares públicos. Se configura, en esencia, como un delito de resultado pues requiere la efectiva perturbación expuesta.
- c) Se exige el ánimo específico de perturbar el orden del acto o espectáculo público.

A título aclarativo y en cuanto a las conductas típicas, nuestro Alto Tribunal ha señalado que “en relación a las audiencias de Juzgados y Tribunales, a los actos públicos de una autoridad o corporación y a los colegios electorales, el desorden consistirá en la transgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias,

⁶⁶ En este sentido dispone el artículo 37.7. de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que “son infracciones leves: (...) la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”.

los actos de autoridades o corporaciones y las actividades electorales en relación a los centros docentes y oficinas o establecimientos públicos, el desorden estribará en la inobservancia de las normas que rijan el funcionamiento de tales lugares. En relación con los espectáculos culturales o deportivos, la actividad alteradora del orden en la que pueda determinar perturbación o inquietud en los espectadores asistentes y originar fricciones y choques físicos entre las personas”⁶⁷.

Finalmente, se advierte que, de conformidad con el principio de especialidad, en el caso de que la perturbación grave del orden en un lugar concurrido desemboque en una avalancha o estampida de personas, será de aplicación lo dispuesto en el nuevo apartado 5 del art. 557 CP.

i) Daños en instalaciones de telecomunicaciones, conducciones de agua o energía, correspondencia y vías férreas

Artículo 560 CP: *1. Los que causaren daños que interrumpen, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años.*

2. En la misma pena incurrirán los que causen daños en vías férreas u originen un grave daño para la circulación ferroviaria de alguna de las formas previstas en el artículo 382.

3. Igual pena se impondrá a los que dañen las conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones, interrumpiendo o alterando gravemente el suministro o servicio.

Este delito castiga la causación colectiva de daños.

Los elementos que integran el delito son los siguientes:

- a) Es necesario que sea cometido por una colectividad.
- b) La colectividad deberá realizar, de forma conjunta, la conducta típica dañosa sobre alguno de los bienes descritos, todos ellos tendentes a la efectiva prestación de servicios públicos esenciales.
- c) El dolo abarca tanto el propósito doble de producir el daño, como el de que con ello se produzca la alteración o perturbación del servicio público exigido en cada caso.

De lo expuesto resulta que nos encontramos ante un delito colectivo, de resultado (pues exige la efectiva producción del resultado dañoso) y esencialmente doloso.

Por último, debe aclararse que si en las conductas sancionadas en el artículo 560 concurre alguna de las circunstancias del artículo 266.1 CP, tales conductas se sancionarán de conformidad con el apartado 3 del artículo 266 CP⁶⁸.

g) Alarma colectiva infundada con movilización de efectivos

⁶⁷ STS 731/2007, de 23 de mayo.

⁶⁸ Recordemos que el artículo 266, dispone que: *1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el apartado 1 del artículo 263 mediante incendio, o provocando explosiones, o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva o que genere un riesgo relevante de explosión o de causación de otros daños de especial gravedad, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas (...)* 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.*

Artículo 561 CP: *Quien afirme falsamente o simule una situación de peligro para la comunidad o la producción de un siniestro a consecuencia del cual es necesario prestar auxilio a otro, y con ello provoque la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a un año o multa de tres a dieciocho meses.*

Mediante este tipo se sancionan las falsas alarmas que suponen cierta alteración de la paz pública y conllevan la subsiguiente movilización de concretos servicios públicos para su control o conculcación. Los elementos que integran el tipo son los siguientes:

- a) La simulación o falsa afirmación de una situación de peligro para la comunidad o producción de un siniestro.
- b) Como elemento subjetivo, la voluntad de realizar la acción típica y, en particular de dar apariencia de certeza a la situación de peligro.
- c) Que, como consecuencia de ello, se movilice a servicios de policía, emergencia o salvamento.

Este tipo, de nueva redacción tras la LO 1/2015, prescinde del requisito intencional antes exigido de que se pretendiese atentar contra la paz pública de forma que, aun cuando no fuese esa la intención, si se realiza una conducta que dé lugar a la intervención policial, de emergencia o de salvamento, merecerá el reproche penal. En todo caso el tipo exige la efectiva intervención de aquellas fuerzas o efectivos, por lo que nos encontramos ante un delito de resultado⁶⁹.

⁶⁹ Este precepto ha sido doctrinalmente criticado por cuanto eleva a categoría penal conductas que no persiguen atentar contra la paz pública, sino que están presididas por otras intenciones como, por ejemplo, el *animus iocandi*. Se impone además su castigo siempre que se dé el resultado típico de intervención que dependerá en cada caso de la parcial apreciación de los efectivos de servicios de emergencias o agentes policiales, lo que dota de indudable inseguridad jurídica al tipo. El principio de intervención mínima impone una interpretación y aplicación restrictiva de este delito que tiene clara y mejor ubicación entre las infracciones administrativas.