

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho penal
UNIR

ARTÍCULO 21.3 CP

Atenuante de arrebató u obcecación: El recurrente entiende que debió haberse apreciado la atenuante de arrebató u obcecación, tal y como ha quedado acreditado con la pericial psicológica aportada por su defensa; en la que se concluye la identificación en su personalidad de rasgos obsesivos y un componente de dependencia emocional en la relación mantenida con la víctima. Además, en relación con el control de sus impulsos, los peritos identificaron un conjunto de fuentes de estrés experimentadas de forma previa a los hechos y de relevancia.

Como se dice en las STS. 261/2005 de 28.2, con cita de las SS 13.3.2003, 7.5.2002, 29.9.2001, 25.7.2000, el fundamento de la atenuante del artículo 21.3 CP se encuentra «en la disminución» de la imputabilidad (o de las facultades volitivas e intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinadas por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la más persistente de incitación personal (obcecación), pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso.

En ambas modalidades se precisa para su estimación que concurra en su origen una causa de peso de carácter exógeno o exterior y de entidad suficiente para desencadenar un estado anímico de perturbación y oscurecimiento de sus facultades psíquicas con disminución de las cognoscitivas o volitivas del agente, de modo que sin alcanzar la cualidad propia del trastorno mental transitorio completo o incompleto, exceda del leve aturdimiento que suele acompañar a ciertas infracciones (SSTS 1385/98, de 17.11, 59/2002, de 25.1).

Es preciso también que en el entorno social correspondiente no sean tales estímulos repudiados por la norma socio-cultural imperante, lo que significa que la actuación del agente se ha de producir dentro de un cierto contexto admisible, ya que su conducta no puede ser amparada por el derecho cuando se apoya en una actitud antisocial reprobada por la conciencia colectiva vigente, que en esta relación de causa o efecto entre el estímulo desencadenante y la conducta ha de darse una conexión temporal y que cualquier reacción colérica de las que, con frecuencia, acompañan a ciertas acciones delictivas, no basta para la estimación de la atenuante (SSTS 17.11.98, 15.1.2002).

(...) Lo cierto es que no se motiva en el recurso cuál fue el impulso o motivo poderoso que le llevó al estado de arrebato u obcecación, sin que la existencia de una previa discusión entre ellos pueda ser considerado suficiente para apreciar la atenuante; las meras recriminaciones entre parejas no pueden equipararse a los poderosos estímulos que generan el arrebato u obcecación (STS de 31 de octubre de 2013).

En este sentido es ajustada a derecho la resolución recurrida, cuando concluye que no puede ampararse la reacción violenta del recurrente bajo la atenuante de estado pasional, por el hecho previo de una discusión de pareja, sin que conste acreditada una patología psíquica de entidad en el condenado que concurriese en el momento de producirse los hechos. Una cosa son los rasgos de su personalidad que se describen en la pericial aportada a su instancia y otra distinta que concorra en la acción enjuiciada un impulso de tal entidad que justifique la apreciación de la atenuante pretendida. Las alegaciones del recurso basadas en la mencionada pericial se dirigen a constatar los rasgos de su personalidad pero no permiten la conclusión a la que sería necesario llegar para estimar la disminución relevante de su capacidad de culpabilidad en el momento de los hechos.

(STS 585/2015, de 5 de octubre)

ARTÍCULO 22.2 CP

Agravante de disfraz: El recurrente denuncia como indebidamente aplicada la circunstancia agravante de disfraz, alegando en la argumentación que en la medida que en el factum se reconoce que una de las víctimas le logró bajar la braga con la que se cubría el rostro, no procedería en la tesis del recurrente tal circunstancia de agravación.

Es doctrina reiterada de esta Sala que el plus de punición que justifica la aplicación de la agravación se encuentra en la *búsqueda de una impunidad* por parte del que utiliza el disfraz, con independencia de que se logre o no su propósito, que en el presente caso no lo logró por la acción de una de las víctimas (...) que al ser golpeada alcanzó a bajarle la braga al recurrente que le agredía y le pudo reconocer. En el presente caso el empleo del disfraz solo benefició a Álvaro Gaspar que era quien lo llevaba y por tanto era el único que se beneficiaba de su porte. Por lo demás, resulta indiferente que a pesar de todo pueda ser identificado –como en el caso de autos– por razones externas a quien lo llevaba. SSTS de 5 de Mayo de 2010 o 353/2014.

Concurren los tres elementos que vertebran esta circunstancia de agravación:

a) El objetivo consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro.

- b) El subjetivo o tendencial consistente en el propósito de eludir sus responsabilidades, y
- c) El temporal consistente en que ha de utilizarse en la comisión del delito conernido.

En cuanto a que el sujeto que lo porta se despoje del mismo por su propia voluntad, entonces no procedería tal circunstancia de agravación, siendo indiferente para su aplicación que el despojo sea por el azar o la acción de alguna de las víctimas, como es el caso de las SSTs 1005/1995; 27 de Mayo de 1987; 1221/2002 o 30 de Enero de 1989.

(STS 308/2015, de 7 mayo)

ARTÍCULO 23 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 148.4 CP

Circunstancia mixta de parentesco. Lesiones: No considerar aplicable el artículo 148.4.º, y aplicar el artículo 147, excluyó la concurrencia de la circunstancia mixta (art. 23 CP) por no haberla interesado por las partes acusadoras para este último artículo con carácter subsidiario o alternativo.

La calificación formulada por éste (art. 148.4 CP) llevaba implícita la comisión de la conducta prevista en el artículo 147, y además la cualificación del n.º 4, (cónyuge o persona asimilada), que es abarcada por el artículo 23 CP que todavía le atribuye mayor amplitud a la circunstancia, ya que en el artículo 23 se habla de «cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», es decir, puede referirse tanto a un hombre como a una mujer, mientras que el artículo 148.4.º habla de «esposa o mujer» exclusivamente. Así pues, la cualificación del artículo 148 lleva implícita la conducta descrita en el artículo 147 CP y la cualificación interesada por el Fiscal se halla incluida en el artículo 23 C. P., luego, existió imputación de la que podría defenderse el acusado y la homogeneidad de preceptos punitivos, que en este aspecto es total y absoluta, pudiéndose hablar más que de homogeneidad de «identidad». Además la «ratio» agravatoria se daba de modo idéntico en el delito de agresión sexual y en el de lesiones, ambos delitos de naturaleza personal, lo que hace que, conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Sala, la circunstancia mixta actúe como agravante.

Las razones de agravar se han de radicado en los conceptos siguientes, distintos al afecto o cariño propio de parientes:

- a) El mayor rigor o entidad del mandato normativo que impide cualquier maltrato e impone obligaciones tuitivas o protectoras entre parientes.
- b) El aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho.
- c) La transgresión del principio de confianza propio de la relación parental.

Todas estas circunstancias concurrentes en el hecho justificarían el efecto agravatorio tanto en el delito de violación como en el de lesiones dolosas.

(STS 146/2015, de 23 de febrero)

ARTÍCULO 31 BIS CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Presunción de inocencia. Estafa: Revocación de condena de una persona jurídica que había sido declarada autora, al amparo del artículo 31 bis del CP de un delito de estafa.

La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4.º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del artículo 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.

(STS 514/2015, de 2 de septiembre)

ARTÍCULOS 58 Y 59 CP

Compensación de medidas cautelares y pena: El recurrente considera infringidos los artículos 58 y 59 del Código Penal, en relación con el 4 de la Ley de 17 de Enero de 1901. Se le denegó por la Audiencia su solicitud de abono, a la pena de prisión que le fue impuesta, de las medidas cautelares previamente cumplidas consistentes en la obligación de comparecencia «apud acta» y la de prohibición de aproximación a una Comisaría.

(...) Hay que recordar que el artículo 59 del Código Penal, precepto que se designa como infringido por la Resolución que se recurre, literalmente dice: «Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada».

Dicha norma, en concreto respecto de la obligación de presentaciones «apud acta», fue interpretada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 19 de Diciembre de 2013, en el sentido de que «... la obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional, y que como tal medida puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afectividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado».

Con ello resultaría ya plenamente justificada la estimación del motivo, en este concreto extremo, al coincidir la pretensión del recurrente con el pronunciamiento contenido en dicho Acuerdo, que no hace sino confirmar que la denominada obligación «apud acta», o exigencia de comparecencias periódicas ante la Autoridad a las que se somete a quien se encuentra en situación de libertad provisional, con evidente carácter cautelar por acordarse con el fin de impedir que, en ausencia de semejantes

controles, se vea facilitada una posible elusión de la acción de la Justicia por parte del sometido al procedimiento, ha de compensarse a la hora del cumplimiento de la pena impuesta, de acuerdo con lo que explícita y concluyentemente dispone el precepto anteriormente transcrito.

Frente a los argumentos expuestos por el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso ha de afirmarse, en primer lugar, no sólo el valor unificador de los criterios a seguir por esta Sala que Acuerdos como el que se acaba de citar ostentan, con una clara vocación de informar las sucesivas Resoluciones generadoras de doctrina jurisprudencial, sino también la presencia, en la actualidad, de más de un precedente aplicando el referido Acuerdo (*vid.* SSTS de 7 de Enero de 2014 y 12 de Noviembre de 2014).

Tampoco resulta de recibo, por otra parte, sostener la equivalencia entre la obligación cautelar a la que nos estamos refiriendo y las genéricas cargas procesales que pueden alcanzar a cualquier ciudadano, como la necesidad de comparecer en calidad de testigo cuando fuere convocado para ello, toda vez que aquí nos hallamos ante quien está sometido al procedimiento con un carácter bien distinto del testigo u otra persona genéricamente llamada a colaborar con la Justicia, las consecuencias entre el incumplimiento de una u otra obligación evidentemente no admiten comparación y, en definitiva, el carácter de medida cautelar viene expresamente afirmado en la Ley, como complemento de la situación personal de libertad provisional del imputado, tal como lo entendió el Pleno de esta Sala en su día.

Ya el artículo 58 del Código Penal se refiere al abono para el cumplimiento de la pena ulteriormente impuesta de las medidas cautelares homogéneas con la sanción a cumplir, bien se trate de la privación preventiva de libertad o de la del ejercicio de determinados derechos. Por lo que el 59 es obvio, así lo dice su propio texto, que se está refiriendo a la aplicación de medidas cautelares heterogéneas, es decir, de diferente contenido, como sucede en el caso presente.

En rigor, no puede pretenderse que la aplicación de este último precepto tenga un carácter facultativo, ya que su literalidad no lo permite al afirmar categóricamente que «El Juez o Tribunal ordenará...» (*sic*) el abono de la medida respecto de la pena en aquello que se estime compensado. Con lo que la expresión contenida en el Acuerdo del Pleno de esta Sala acerca de que la medida de obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial «puede» ser compensada no debe ser interpretada como una inaceptable degradación hacia lo facultativo de lo que la norma legal considera obligatorio, sino tan sólo como la expresión de que la compensación ha de hacerse no de manera rígida sino teniendo en cuenta el distinto grado de afflictividad de dicha medida impuesta. Otra interpretación, por contravenir los términos claros de la norma legal, resultaría inaceptable y, por supuesto, siempre subordinada al contenido del precepto interpretado.

En definitiva, el precepto es del todo claro en su contenido y voluntad, por mucho que pueda generar sin duda importantes dificultades en su aplicación, y el Acuerdo del Pleno de esta Sala absolutamente respetuoso con él, como no podía ser de otra forma máxime cuando de la interpretación de una norma favorable al reo se trata.

El que pueda especularse acerca de los efectos que, de no ser debidamente controlados por la Autoridad judicial, esta aplicación de la Ley pudiera originar de cara al favorecimiento de dilaciones por parte del sometido a la medida para obtener una más abultada compensación posterior con la pena a cumplir o el hecho de que la medida cautelar hubiere sido en esta ocasión acordada y seguida con todo acierto y fundamento por el Juez de Instrucción, aspectos a los que también se refiere el Fiscal, evidentemente no son argumentos que puedan acogerse para rechazar el Recurso contra los razonamientos expuestos acerca de la correcta aplicación de la norma de referencia y de nuestro Acuerdo del Pleno de la Sala que la interpreta.

(...) No obstante lo anterior, y en lo que a la solicitud del abono al cumplimiento de la pena de la prohibición de aproximación a la Comisaría de la localidad de Marbella se refiere, hay que concluir en el rechazo de semejante pretensión, no sólo por no tener acogida en el repetido Acuerdo del Pleno de esta Sala, exclusivamente referido a la medida cautelar de obligación de comparecencia ante el órgano judicial, sino además ante la ausencia de concreción de los perjuicios que esa prohibición de aproximación del condenado respecto de su lugar de trabajo pudieren haberle ocasionado, con lo que ello significa de imposibilidad para graduar adecuadamente los términos en los que ha de establecerse la oportuna compensación establecida en el artículo 59 del Código Penal.

(STS 52/2015, de 26 de enero)

ARTÍCULOS 66 Y 68 CP

Coordinación entre los artículos 66 y 68 CP. Individualización de la pena: Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim por inaplicación indebida de los artículos 68 y 66.1.3 CP. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECrim, por inaplicación indebida de los artículos 68 y 66.1.3 CP en relación con el delito de robo con intimidación.

La cuestión es de estricta dosimetría penal: coordinación de las reglas contenidas en los artículos 66 y 68 CP. El interrogante a responder se enuncia así: concurriendo simultáneamente una eximente incompleta y una agravante, y una vez degradada la pena conforme a lo establecido en el artículo 68, ¿hay que estar a lo establecido en el artículo 66.1.7.^a (discrecionalidad orientada por criterios pero no por reglas)?; o, por el contrario, ¿sería de aplicación preferente la regla 3.^a del artículo 66.1 CP (mitad superior de la pena degradada)?

La Audiencia, aún no debatiendo específicamente ese punto, da por supuesto que debe acudir al artículo 66.1.7.^a CP En efecto tras la degradación impuesta por el artículo 68 CP derivada de la apreciación de una eximente incompleta del artículo 21.1 (baja un solo escalón, aunque sería posible descender dos), a la hora de decidir cómo debe jugar la agravante de abuso de superioridad, también apreciada, realiza una valoración conjunta y global, sintiéndose liberada de la necesidad de imponer la mitad superior (art. 66.1.3.^a CP) en virtud de lo que entiende fundamento cualificado o intensificado de atenuación.

El Fiscal, por su parte, resalta cómo el inciso final del artículo 68 CP salva expresamente la aplicabilidad del artículo 66, lo que no puede interpretarse más que en un sentido: si se ha obtenido un nuevo marco penal derivado de la aplicación de la eximente bajando un único grado (si se hubiesen descendido dos se recuperaría la discrecionalidad total: artículo 66.1.8), dentro de la horquilla así fijada habrá que ajustarse a las reglas del artículo 66: mitad inferior si hay una atenuante; mitad superior si concurre una agravante; compensación racional si concurren circunstancias de uno y otro signo.

Tiene razón el Fiscal. Eso es lo que se desprende a la literalidad del artículo 68 CP. Si la Audiencia (como explica para el primer delito de manera expresa; en el otro, implícitamente) optó por conferir a la exención incompleta una moderada eficacia

concretada en una única degradación, dentro de la franja penal así obtenida deberá tomar en consideración el resto de circunstancias para concretar la penalidad.

(...) En contra de la forma de operar que postula el Fiscal podrían militar dos líneas de razonamiento de tipo sistemático o lógico:

a) Puede argüirse un argumento de coherencia interna. Si el Tribunal está facultado para imponer tanto una pena inferior (rebaja en dos grados) como una más alta (mitad superior de la pena rebajada en un grado), no es lógico que no pueda elegir los tramos intermedios. No es muy inteligible, por ejemplo, que sea legal imponer tres años; que también lo sea imponer un año (doble degradación); pero que la franja intermedia esté excluida; es decir que la discrecionalidad no se extienda a imponer la pena de dos años (se puede imponer lo más; también lo menos; pero no lo intermedio). El argumento tiene fuerza pero carece de capacidad para quebrar la literalidad clara del texto legal. Es quizás algo sobre lo que el legislador podría reflexionar pero no permite soluciones por vía interpretativa. No es éste el único caso en que sucede algo semejante: en todos los supuestos de penalidad alternativa (*vid.* por ejemplo, artículos 188 o 182 CP) apetece esa paradoja: el tribunal puede imponer una multa; o una pena privativa de libertad. Si concurre una agravante podrá optar por la multa y por la mitad superior de la pena privativa de libertad; pero no por la mitad inferior de ésta.

b) En línea de razonamiento paralela, puede llamar la atención que si en lugar de haberse apreciado una eximente incompleta del artículo 21.1 CP se hubiese catalogado la situación como atenuante analógica cualificada (artículo 21.7 en relación con el 21.2 CP y el artículo 66.1.2.^a), según la opinión más segura, el Tribunal podría haberse acogido al artículo 66.1.7.^a recuperando la máxima discrecionalidad. Por las razones que hemos rechazado el argumento anterior, este tampoco puede ser acogido. La claridad de la ley no permite interpretaciones que tuerquen el sentido natural de su literalidad aunque lleven a soluciones que alguien podría reputar más razonables.

Y es que, como argumenta el recurso, el artículo 68 CP ha de considerarse regla especial frente al artículo 66.1.7.^a que solo contempla la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes ordinarias y no las singulares del artículo 21.1 CP.

La jurisprudencia no siempre ha sido unánime sobre este extremo. Las SSTS de 23 y 27 de marzo de 1998, en pocos días, mantuvieron dos posturas contradictorias. A la larga ha prevalecido la asumida por la segunda sentencia citada que es la coincidente con el criterio aquí sostenido por el Fiscal.

Sí ha dicho la jurisprudencia (Pleno no jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 y STS 374/2005, de 17 de marzo a la que acompaña un voto particular) que el artículo 68 CP cuando remite al artículo 66 no excluye ninguna de sus reglas y entre ellas la del n.º 8.º del artículo 66.1. Tal aseveración no tendría sentido si no entendiésemos de aplicación el artículo 66.1.3.^a En ese planteamiento sería indiferente bajar uno o dos grados: en cualquier caso quedaría abierta la máxima discrecionalidad del juzgador por mor del artículo 66.1.7.^a No habría cuestión alguna en cuanto a la regla 8.^a y el debate del citado Pleno carecería de sentido.

Cita el Fiscal igualmente algunas sentencias que, aunque en alguna de ellas lo sea a modo de *obiter dicta* o, al menos, no como *ratio decidendi* jurisprudencial, muestran el predominio de esa concepción en la doctrina jurisprudencial: SSTS 169/2002, de 14 de octubre, 420/2009, de 24 de abril, 158/2015, de 17 de marzo. A ese listado hay que añadir otras: como las SSTS 317/2000, de 25 de febrero; 369/2004, de 11 de marzo, 1849/1999, de 23 de diciembre o 190/2008, de 21 de abril.

(...) Con la rectificación derivada de la estimación del recurso hay que proceder a una reevaluación penológica para comprobar si a través del artículo 77 CP (estamos ante un claro concurso medial, aunque no se diga expresamente, quizás porque la

forma en que se individualizaron las penas permitía soslayar esa cuestión y aunque el Fiscal trate de argumentar en sentido contrario en temática que al final se revelará como absolutamente intrascendente).

a) Penando por separado acogeremos los mínimos legales que serán tres años por el delito de detención ilegal (mitad superior de la horquilla comprendida entre dos y cuatro años menos un día: artículos 66.1.3.^a, 68 y 70 CP); y nueve meses por el delito de robo (resultante de la doble degradación de la pena del tipo –artículos 68 y 62 CP–, prisión de seis meses a un año menos un día, y de la elección dentro de ese tramo del mínimo de la mitad superior por mor de la agravante de abuso de superioridad).

b) Si optásemos por penar conjuntamente tendríamos que partir de la pena del delito más grave en su mitad superior, es decir, una pena comprendida entre cinco y seis años de prisión (artículos 70 y 163 CP). La rebaja en un grado como consecuencia de la eximente incompleta (artículo 68) nos desplaza a una pena comprendida entre dos años y seis meses y cinco años menos un día (artículo 70 CP). Si sobre esa franja establecemos el mínimo de la mitad superior como consecuencia de la agravante (art. 66.1.3) nos situaremos, en el mejor de los casos, en una pena única no inferior a tres años y nueve meses.

c) Tal penalidad en duración es igual a la que resulta penando separadamente; pero desde alguna otra perspectiva puede resultar hipotéticamente más perjudicial (piénsese en una futura posibilidad de aplicación del artículo 76 CP: el triple de la pena más grave serían no nueve años sino, diez años y seis meses). Hay que optar, así pues, por la punición separada.

d) Queda por precisar que la nueva redacción del artículo 77 (Ley Orgánica 1/2015), sea cual la interpretación que se asuma de sus enrevesados términos, permitiría llegar a penalidades superiores, sin que se considere procedente una penalidad inferior a los antes señalados (tres años y nueve meses respectivamente).

(STS 686/2015, de 28 de octubre)

ARTÍCULO 77.3 CP

Nueva regla penológica del concurso medial de delitos. Reforma operada por la LO 1/2015: La posibilidad de formar un concurso de delitos con la trata de seres humanos está avalada por el apartado 9 del artículo 177 bis: En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación». La diversidad de bienes jurídicos tutelados subrayada y enfatizada tras la reforma de 2015, así lo determina.

La LO 5/2010, de 22 de junio, reconocía expresamente que «el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos», en sintonía con esa idea opta por la separación de la regulación de estas dos realidades al resultar «imprescin-

dible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos».

Con ese objetivo, la reforma del año 2010 introdujo dentro del Libro II del CP el Título VII bis, cuyo único y extenso artículo, el 177 bis, tipifica el delito de trata de seres humanos en los términos en que aparece definido en los instrumentos internacionales ratificados por España y que ha sido objeto de reforma por la LO 1/2015, de 30 de marzo para propiciar una completa transposición de la normativa europea tras la aprobación de la Directiva 2011/36/UE.

Dispone el Artículo 177 bis en lo que aquí nos interesa

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso».... Y disponía el texto anterior a 2015, es decir, el que ha determinado la condena:

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere con cualquiera de las finalidades siguientes:

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

Las variaciones ni son sustanciales, ni afectan al supuesto que ahora se analiza. En buena medida las aclaraciones que se introducen estaban implícitas en la norma precedente. La descripción de lo que debe entenderse por situación de necesidad o vulnerabilidad tiene un valor interpretativo. También antes había que caracterizar esa situación en términos análogos. El legislador más que innovar, aclara.

La realización de cualquiera de las modalidades (i) enumeradas (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir) determina la comisión del delito siempre que esté orientada o predeterminada al logro de alguna de las finalidades (ii) previstas en el tipo; y concurra alguno de los medios comisivos (iii): violencia, física o moral, engaño, o abuso de superioridad, vulnerabilidad o necesidad.

Basta una de esas conductas para ser autor. De ahí que a estos efectos también resulte en cierta medida intrascendente que alguna de las varias acciones en las que se atribuye participación directa o indirecta a las acusadas (captación, traslado, transporte, acogimiento) se excluyese: subsistiría la tipicidad.

Como hemos dicho, la reforma del CP de 2015 suprime la acción consistente en «alojar» a la víctima. No figuraba recogida ni en la Directiva de 2011 ni en el Convenio de Varsovia. La exclusión es irrelevante: hay que insistir en ello otra vez. El alojamiento es siempre expresión de las conductas típicas de acogimiento o recepción que determinan por sí solas la consumación del delito.

La reforma de la LO 1/2015, siguiendo el artículo 2.2.º de la Directiva 2011/36/UE, ha incluido en el último párrafo del artículo 177 bis.1 una definición auténtica de lo que debe entenderse por «situación de necesidad o vulnerabilidad» de la víctima: «la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso». Aclara pero no varía sustancialmente lo que debía entenderse por tal: es norma interpretativa. Ya quedó también indicado.

El empleo de cualquiera de estas formas de comisión en la realización de algunas de las conductas típicas es suficiente para integrar el delito. No resulta necesario, y en esto es acogible la propuesta exegética de la Circular 5/2011 FGE, que el medio comisivo persista en todo el proceso movilizador de la víctima. Puede llevarse a cabo cada conducta típica a través de un medio distinto (v.gr. puede captarse con engaño y trasladar o acoger con violencia o abuso de estado de situación de necesidad).

Para la aplicación del artículo 177 bis resulta necesario que una de las varias conductas típicas descritas y ejecutada por alguno de los medios comisivos señalados se realicen con cualquiera de las finalidades que en el precepto se recogen entre las que se encuentra la explotación sexual.

La posibilidad de concurso medial de esa infracción (prostitución) con el delito del artículo 177 bis está afirmada no solo en la jurisprudencia (SSTS 53/2014, de 4 de febrero o 191/2015, de 9 de abril), sino también explícitamente en el artículo 177 bis 9 anteriormente transcrito.

Tal cláusula concursal (art. 177 bis. 9) no excluye necesariamente el concurso de leyes (v.gr. con las coacciones o amenazas). Pero encierra una pauta interpretativa que invita a inclinarse preferentemente (no siempre) por el concurso real, bien en su modalidad ordinaria, bien como concurso medial. En el caso de los delitos relativos a la prostitución ha de optarse normalmente por el concurso medial: la explotación sexual es una de las finalidades típicas que incorpora el artículo 177 bis.

Como dice la STS 53/2014 de 4 de febrero, aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art. 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente. Estaríamos ante un concurso medial pues «en estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla prevenida en el art. 77 1.º para el denominado concurso medial».

Esa habitual cláusula concursal –sin perjuicio– abarca hipótesis diferentes. De una parte otros delitos que vengan relacionados con los medios comisivos (la violencia puede dar lugar a lesiones; la intimidación a amenazas). De otra, infracciones cuyos verbos típicos de manera fragmentaria pueden coincidir con alguno de los empleados en el artículo 177 bis (el traslado o transporte puede integrar a su vez el delito del artículo 318 bis). Por fin, un tercer grupo vendrá constituido por aquéllos delitos que surgen de la efectiva realización de lo que en el artículo 177 bis aparece como finalidad a la que debe obedecer la actuación (explotación laboral o sexual, extracción de órganos, matrimonios forzados).

No existe un tratamiento unitario para todos los supuestos. Caben casos de concurso real; otros de concurso ideal; y finalmente otros (especialmente los ubicados en el tercer grupo: se consolida la actividad delictiva que en la tipicidad del artículo 177 bis aparece solo como un fin) de concurso medial; sin descartar radicalmente hipótesis de concurso de normas (la intimidación utilizada como medio comisivo absorberá habitualmente las amenazas o coacciones inherentes).

Aquí estamos en el tercer grupo de supuestos. Es un concurso medial.

La reforma de 2015 también ha incidido en la punición del concurso medial introduciendo una regla que puede –no necesariamente– resultar más beneficiosa que la aplicada en la sentencia. En ese extremo y pese a no haber sido alegado por las partes también hemos de proceder en la segunda sentencia a una reindividualización de las penas. Siendo diferente el marco penal es preciso recalcular, máxime cuando se constata que la Audiencia optó por el mínimo posible con arreglo a la legislación vigente en aquel momento. Esa realidad proporciona una base para sostener que es, al menos posible, que si hubiese partido de otro marco punitivo (el actual) habría impuesto una duración inferior. No puede hurtarse a las acusadas esa posibilidad.

(...) En cuanto a los delitos de trata de seres humanos y de explotación de la prostitución ajena la regla penológica es la del vigente artículo 77.3 CP, de exégesis, intrincada, casi indescifrable. El punto de partida es la pena que en concreto se habría impuesto al delito más grave, en este caso la trata de seres humanos cuyo arco penológico se mueve entre cinco y ocho años. No se encuentran razones para superar el mínimo por cada delito, es decir cinco años de prisión. Esa pena ha de ser incrementada al menos en un día según impone la regla del artículo 77.3. Dada la estrecha vinculación y casi superposición entre el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la prostitución consistente precisamente en esa explotación sexual (hay muchos elementos comunes a ambos tipos penales: la explotación sexual en cierta forma constituye la realización del objetivo buscado por el autor de la trata de seres humanos: nótese, por ejemplo, que en algún supuesto puede darse la paradoja de que la explotación de la prostitución que resultara más penada si además el autor «acoge» –proporcione alojamiento– a la víctima: a la pena del artículo 187 habrá que añadir la del artículo 177 bis). Sobre ese mínimo incrementaremos la pena en muy escasa medida: un mes más (artículo 66.1.6.º CP). Cinco años y un mes por cada uno de los dos delitos de trata de seres humanos en concurso con otros tantos delitos de prostitución se nos antoja pena ponderada. La suma total –más de diez años de prisión– es proporcionada con la gravedad no minimizable de los hechos, sin llegar a exasperaciones que podrían ser desmesurados (podríamos llegar a un total de dieciséis años de prisión).

(STS 861/2015, de 20 de diciembre)

ARTÍCULO 106 CP

Imposición obligatoria de la medida de seguridad de libertad vigilada post-penitenciaria en delitos contra la libertad sexual: Alega el Ministerio Público que la sentencia de instancia omite indebidamente la imposición de la medida de libertad vigilada solicitada por la acusación pública, con una duración de cinco años y específicamente orientada a la participación en programas formativos de educación sexual, conforme al art. 106 1.º j CP. La sentencia deniega la imposición de la medida con un doble argumento. En primer lugar alega que no se han aportado a la causa los «informes legales exigidos para la concreción judicial de la medida de libertad vigilada que proceda en cada caso» y por otro se afirma que «tampoco se ha solicitado la imposición de

una medida concreta». El Ministerio Fiscal cuestiona esta argumentación alegando que los informes no son necesarios para la imposición de la medida en la sentencia, sino para su control posterior en fase de ejecución, conforme al art. 98, y que si se concretó la medida especificando su duración (cinco años) e incluso su modalidad (participar en programas de educación sexual).

En primer lugar el art. 192 CP, como reconoce la sentencia impugnada, dispone expresamente que a los condenados a penas de prisión por uno o más delitos contra la libertad o indemnidad sexuales se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, siendo la duración de la medida de cinco a diez años si el delito fuera grave. Conforme al artículo 33 del CP, son graves los delitos cuya pena de prisión supera los cinco años. El artículo 183 del CP, dispone la pena de dos a seis años de prisión por abusos sexuales a menores. Por lo tanto, se trata de un delito grave.

Asimismo el art. 106 2.º establece que el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena de privación de libertad impuesta «siempre que así lo disponga de forma expresa el Código» (en la actualidad en supuestos de terrorismo y delincuencia sexual) y siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador.

El propio Código prevé expresamente una eventual excepción, limitada a los delitos menos graves cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, en cuyo caso se deja a discreción del Tribunal imponer o no la medida en atención a la menor peligrosidad del autor. Excepción que es manifiesto que no concurre en el caso actual, por lo que la imposición de la libertad vigilada es imperativa.

En segundo lugar la exigencia de contar con informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad, es claro que se refiere, en caso de delincuentes sexuales como el aquí enjuiciado, a la fase de aplicación de la medida, una vez cumplida la pena previa de privación de libertad. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 106 2.º, que es el específicamente aplicable a estos supuestos, al señalar expresamente que al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia, por el procedimiento previsto en el art. 98, que incluye la valoración de los referidos informes, elevará una propuesta al Tribunal sentenciador que, en este momento concretará el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones que habrá de observar el condenado.

Esta interpretación se deduce del propio texto de la ley, y además de la consideración lógica de que cuando puede contarse con dichos informes es precisamente cuando el condenado ya ha estado cumpliendo su pena privativa de libertad, y no con anterioridad al enjuiciamiento, momento en el que puede estar en libertad, se presume inocente y todavía no está sometido ordinariamente a la asistencia de facultativo o profesional alguno.

En consecuencia, es en el momento en que debe comenzar la ejecución de la libertad vigilada –últimado el cumplimiento de la pena– cuando ha de realizarse la valoración inicial para fijar las condiciones y contenido concretos de la medida, y un seguimiento posterior para decidir sobre su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, conforme a los artículos 97, 98, y 106.2.º y 3.º CP.

(STS 609/2015, de 14 de octubre)

ARTÍCULO 150 CP

Lesiones. Cicatrices. Deformidad: La subsunción de los hechos probados en el tipo del artículo 150 del Código Penal es objeto de la primera queja formulada al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se alega por el recurrente que con anterioridad a los hechos la lesionada ya padecía ceguera total del ojo lesionado por el recurrente. Y que, a causa de la ausencia de cristalino y del estrabismo, también sufría precedentemente una severa afectación de la estética facial. Concluye que la agresión, no solamente no incrementó aquella deficiencia estética, sino que en ese aspecto la víctima experimentó una corrección favorecedora con la implantación de una prótesis, desapareciendo la fealdad que implicaba el estrabismo anterior, así eliminado.

Una reiterada jurisprudencia de esta Sala Casacional, ha declarado que la voz «deformidad» no designa un concepto estrictamente técnico jurídico sino axiológico, pero más genérico que lo específicamente normativo.

La diferenciación, entre lo fáctico descrito y lo valorativo afirmado, desde la perspectiva del recurso de casación, se traduce en la selección del cauce procesal para la impugnación.

(...) El carácter ostensible o no de una cicatriz es un dato empírico verificable. Su impugnación ha de intentarse pues fuera del ámbito del n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que circunscribe el debate posible a la subsunción del dato de hecho en la norma penal. Por ello no cabe entrar en su examen en este motivo amparado en el ordinal 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo lo que concierne al predicado de fealdad –que supone el concepto típico de deformidad– es un juicio de valor que sí debemos analizar en esta sede del recurso. Pero desde la inevitable indeterminación que caracteriza el juicio de valor tributario de la previa asunción por quien valora de los criterios a los que aquélla debe someterse.

Los criterios –axiológicos en general (fealdad) o, en casos, normativos (ajenidad de una cosa)– pueden ser de una graduable objetividad. De suerte que el desiderátum de taxatividad propia de la norma penal se satisface en mayor o menor medida según sea ese grado de objetividad.

La deseada aproximación a baremos objetivos, que toda norma reclama en cuanto determinante de la privación de libertad de un ciudadano o ciudadana, nos emplaza a la estandarización reflejada en las resoluciones que integran la doctrina jurisprudencial.

Recuerda la STS n.º 1174/2009 de 10 de noviembre: esta Sala Casacional ha apreciado deformidad en casos de cicatrices, al menos en las siguientes Sentencias recientes, que citamos a continuación: la STS 877/2008, de 4 de diciembre; la STS 871/2008, de 17 de diciembre; STS 353/2008, de 13 de junio (en un supuesto similar: cicatrices visibles repartidas por el cuello, que le ocasionan perjuicio estético moderado); STS 954/2007, de 15 de noviembre; STS 537/2007, de 15 de junio; STS 388/2004, de 25 de marzo; y STS 1014/2007, de 29 de noviembre.

Lo que plenamente satisface, de acuerdo con reiteradísima doctrina de esta Sala relativa a la deformidad, que ciertas cicatrices constituyen tal deformidad, doctrina expuesta desde muy antiguo (*vid.*, por ejemplo, las SSTS de 7 de mayo

de 1875 y 4 de octubre de 1883, citadas en la STS 353/2008, de 13 de junio), hasta otras más próximas, como las de 24 de noviembre de 1999 o 14 de noviembre de 2002, entre otras muchas.

Como dice la STS 1154/2003, de 18 de septiembre, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre el concepto jurídico de deformidad, como secuela jurídicamente relevante de los delitos de lesiones, declarando al efecto que la deformidad consiste «en toda irregularidad física, visible y permanente, que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista» (v. Sentencias de 25 de abril de 1989 y 17 de septiembre de 1990). Se destacan, pues, tres notas características de la misma: irregularidad física, permanencia y visibilidad. La jurisprudencia exige también que el Tribunal lleve a efecto un juicio de valor sobre la referida irregularidad, con objeto de destacar, en su caso, que la misma sea de cierta entidad y relevancia, con objeto de excluir del concepto jurídico de deformidad aquellos defectos que carezcan de importancia por su escasa significación antiestética (v. SS. de 10 de febrero de 1992 y 24 de octubre de 2001). Dicho juicio valorativo habrá de realizarlo el Tribunal teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y su aspecto físico previo a las lesiones. En cualquier caso, los criterios valorativos deberán ser más estrictos cuando las secuelas afecten a la fisonomía facial (v. S. de 10 de febrero de 1992). En principio —concurriendo las anteriores circunstancias— la jurisprudencia ha venido considerando que las cicatrices permanentes deben incluirse en el concepto de deformidad, incluso, con independencia de la parte del cuerpo afectada (v. Sentencias de 30 de marzo de 1993, 24 de noviembre de 1999 y de 11 de mayo de 2001). Finalmente, hemos de destacar también que, a la hora de formar el anterior juicio de valor, como es obvio, han de jugar un papel decisivo los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación (v. S. 17 de mayo de 1996).

(...) Y en la STS n.º 828/2013 de 6 de noviembre se recuerda que ninguna dificultad presenta esa calificación cuando las cicatrices alteran el rostro de una forma apreciable, bien dado su tamaño o bien a causa de sus características o del concreto lugar de la cara al que afectan.

(...) Por otra parte recordábamos en nuestra STS n.º 1099/2003 de 21 de julio que: si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad, además de los citados, a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque no disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el «quantum» de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad (SSTS de 22 de marzo de 1994, 27 de febrero de 1996 y 24 de noviembre de 1999) que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales.

Con carácter general se afirma la intrascendencia de la reparabilidad de la secuela entre otras en la STS n.º 880/2013 de 25 de noviembre y en las allí citadas, de 13 de febrero y 10 de setiembre de 1991. Y lo mismo se recuerda en la STS 851/2013 de 14 de noviembre cuando se expone que «el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior, pues la restauración no puede ser obligatoria para el perjudicado y su posible corrección no elimina el resultado típico» —SSTS de 27 de Diciembre 2005; 6 de Octubre 2010 y 30 de Junio 2011—.

Tampoco elimina el resultado típico «la posibilidad de cubrir con ropa el defecto corporal» –STS de 28 de Abril 2010–, ni la posibilidad de recurrir a medios extraordinarios, como la cirugía reparadora» –STS de 28 de Junio 2011–.

Por ello en el caso que ahora juzgamos consideramos más atinada la subsunción del supuesto fáctico de la cicatriz en el concepto típico penal de deformidad a que se refiere el tipo del artículo 150 del Código Penal.

(STS 516/2015, de 20 de julio)

ARTÍCULO 169 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 179 CP

Posibilidad de punición por separado de las amenazas y el delito de violación: Alega la defensa que el delito de amenazas debió quedar absorbido por el delito de violación, en la medida en que la violencia o intimidación que fue precisa para el ataque sexual abarcaría en su desvalor el mensaje intimidatorio.

El concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 494/2014, 18 de junio; 254/2011, 29 de marzo).

Pues bien, la regla de absorción prevista en el artículo 8.3 del CP, con arreglo al cual, «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél», exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito –hecho acompañante– y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo –hecho posterior impune o acto copenado–.

En el presente caso, es cierto que la descripción del *factum* contiene dos ataques sexuales violentos, en los que la atmósfera intimidatoria estuvo siempre presente. Sin embargo, entre ambas secuencias se interponen dos ataques con sustantividad propia y que, por tanto, han de ser castigados independientemente. De un lado, el que estuvo dirigido a la integridad física de la víctima, toda vez que Serafina fue golpeada de forma gratuita e innecesaria para la consecución del objetivo inicial que animaba al

acusado. En el juicio histórico se indica cómo Juan Enrique se valió de una porra de madera, de unos 45 centímetros de longitud, de madera, con la que golpeó reiteradamente la espalda y el costado de la víctima ocasionándole las heridas que se describen en el relato fáctico. De otra parte, el que afectó a la seguridad de la agredida y a su tranquilidad de ánimo, perturbadas como consecuencia de las amenazas. En efecto, con anterioridad, cuando ya el acusado había consumado la primera de las agresiones sexuales y ya había forzado a Serafina a que le practicase una felación, «... volvió a insistir en la supuesta relación que había mantenido su pareja, sacando una pequeña navajita que usaba como llavero y esgrimiéndola hacia Serafina, al tiempo que le decía ‘antes de que llegue la noche te voy a dar muerte, te voy a meter dos puñalás, dime la verdad, que no me importa comerme veinte años de cárcel’; a lo que Serafina respondía pidiendo que no le hiciera nada y que pensara en el hijo común que ella llevaba en el vientre, replicando Juan Enrique que lo que ella tenía dentro no era más que una ‘manzanita’ y él la tenía que matar».

Para justificar la corrección del juicio de tipicidad, esta Sala hace suyo el razonamiento de la Audiencia (FJ 7.º) cuando precisa que las amenazas de dar muerte a la víctima no se utilizaron como instrumento para conseguir que aquella se prestara al acto sexual in consentido, sino como medio de obtener una confesión de la supuesta infidelidad o como anuncio de castigo por ella, lo que es especialmente claro respecto a las pronunciadas en la fase epilogal del incidente, cuando ya había concluido la agresión sexual. De este modo, al tener un contexto, un motivo y un objetivo diferentes de la obtención del acceso carnal, las amenazas no llegaron a formar parte de la dinámica ejecutiva del delito de violación. De ahí que no puedan quedar absorbidas en el delito de violación y hayan de ser sancionadas con la independencia que exige su sustantividad.

(STS 646/2015, de 20 de octubre)

ARTÍCULOS 175 Y 176 CP

Delito contra la integridad moral. Elementos del tipo: por la vía del error iuris del artículo 849-1.º LECriminal se denuncia como indebidamente aplicado el artículo 175 del CP, relativo al delito contra la integridad moral del que ha sido condenado el recurrente quien, solicita asimismo se le aplique el artículo 620.2.º CP relativo a la vejación injusta de carácter leve.

Por ello el concepto de atentado contra la integridad moral, se integra por los siguientes elementos:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
- b) Un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto, y
- c) Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Por su parte, de esta Sala podemos, y ya en relación al artículo 175 CP, citar la sentencia 465/2013 de 29 de Mayo. Acotamos el siguiente párrafo:

«... El delito contra la integridad moral del artículo 175 se integra por los siguientes elementos:

- a) El sujeto activo tiene que ser funcionario público o autoridad.
- b) La acción típica supone una extralimitación en la actividad desarrollada, y por tanto de naturaleza abusiva, de hecho, el tipo se refiere a «... abusando de su cargo...», lo que integra a su vez un prevalimiento de su condición, dicho de otra manera supone una vulneración del ordenamiento jurídico por quien aparece como su guardián o custodio.
- c) Exige como resultado una lesión a la integridad de la persona víctima, derecho protegido en el artículo 15 de la Constitución.
- d) Tiene el tipo un carácter residual respecto del delito de torturas en cuanto su ámbito lo es extramuros del contenido propio del delito de torturas que tiene como elemento definidor la ejecución de hechos «... con el fin de obtener una confesión o información...».
- e) En todo caso, y de conformidad con el artículo 177, las lesiones que se causen serán sancionadas con independencia.

¿Qué debe entenderse por integridad moral?

Dice la STS de 2 de Noviembre de 2004 que si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y en el artículo 15 CE permiten acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta –como manifestación directa de la dignidad humana– comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano...».

La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que con el castigo de las conductas atentatorias contra la integridad moral se pretende reafirmar la idea de que el ser humano es un fin en sí mismo sin que quepa «cosificarlo» –STS 28/2015, de 13 de Enero.

En definitiva en palabras de la STS 1725/2001, de 3 de Octubre «... la integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto...».

El núcleo del ataque a la integridad moral es la sensación de humillación y de cosificación que tiene la víctima porque resulta agredida en lo que es más esencial del individuo: su dignidad de ser humano merecedor de respeto por su condición humana.

De este modo, integra el delito del artículo 175 CP cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que aún sin causar lesión y que tenga cierta intensidad, provocando humillación, quebranto degradante en el sujeto pasivo/víctima, con finalidades distintas de las comprendidas en el artículo 174 (tortura), que por ello tiene un carácter residual en relación al delito de torturas, si además, causa lesiones, las mismas deben ser sancionadas autónomamente como prevé el artículo 177 CP. En idéntico sentido STS 1246/2009, de 30 de Noviembre.

El tipo penal del artículo 175 CP recoge dos modalidades en atención a la gravedad de los hechos. El atentado contra la integridad grave, y no grave, cerrándose el abanico penal con la falta del artículo 620.2.º que tipifica la vejación injusta de carácter leve.

Se está en presencia de una degradación de más o menos que en atención a las concretas circunstancias del caso enjuiciado, deben quedar alojadas o bien dentro del delito del artículo 175 CP ya como grave o no grave, o bien, como fórmula de cierre la falta del artículo 620 CP.

El Tribunal de instancia ha calificado el atentado a la integridad como constitutivo de delito en la modalidad de no grave y lo justifica en el apartado III del f. jdco. tercero de la sentencia.

La pretensión del recurrente de degradarlo a la falta del artículo 620.2.º CP no se corresponde con la intensidad del ataque sufrido por el menor, la actuación del recurrente acompañado por otras dos personas, la intensidad del sentimiento de miedo, y de inferioridad y temor, en el escenario de una madrugada del mes de Agosto en una playa, todo ello con el hilo conductor ya citado de las reiteradas órdenes de introducirse en el agua, llega a la boya, reiterarlo ante el intento de volverse el menor a la orilla, y verse despojado de sus ropas. En idéntico sentido atentado a la integridad moral no grave se sancionó la acción de policías que dieron patadas y puñetazos a una persona –STS 465/2013–.

Estamos en presencia de una arbitraria y persistente situación de dominación / humillación por quien, como hemos dicho, debería ser garante de la legalidad y no su vulnerador dada su condición de Guardia Civil. En modo alguno puede estimarse la tesis de la falta, por el contrario debemos mantener la calificación de atentado contra la integridad moral no grave.

(...) Considera esta Sala, que del relato fáctico de la sentencia, del que debemos partir dado el cauce casacional utilizado, y unido a ello de las argumentaciones de la sentencia, profundizando en ellas, debemos llegar a la conclusión ya anunciada de que no le es aplicable el artículo 176 CP del que se ha condenado a Matías, no porque carezca de antijuridicidad su silencio, sino porque en las concretas condiciones en las que fue mudo espectador pasivo del atentado no grave contra la integridad moral efectuado por el cabo primero, no puede serle exigible una conducta que incluso pudiera ser cercana al acto heroico, que como es obvio, nunca puede serle exigido a persona alguna bajo la presión de la imposición de una pena. Las circunstancias concretas en las que se produjeron los hechos son las siguientes:

1. El recurrente a la sazón tenía 22 años (exactamente menos un día).
2. Llevaba poco más de un mes ejerciendo sus funciones de miembro de la Guardia Civil.
3. El otro recurrente, Fausto, tenía a la sazón tenía 38 años, y además era cabo primero de la G. C., cuestión relevante dada la rígida jerarquización de la Guardia Civil.
4. También Luis Enrique, vigilante de la playa era mayor en varios años al recurrente.
5. Los hechos ocurren estando los tres, a las dos de la madrugada en la playa de Magaluf, no constando que en las cercanías existiesen más personas.

En esta situación, la propia sentencia, como ya hemos dicho, reconoce que «... No fue capaz de enfrentarse u oponerse, siquiera tímidamente al cabo, pero que tenía conciencia de la gravedad del suceso...».

Es de esta situación conflictiva y traumática de la que surge, en opinión de esta Sala, no le era exigible otra actuación en términos jurídicos. Dicho más claramente, se está ante una causa de exculpación en clave individual vía no exigibilidad de otra conducta a la vista de las concretas circunstancias particulares a que se ha hecho referencia.

Estimamos, y en ello se coincide con el diagnóstico del Tribunal sentenciador que el recurrente se encontraba en una situación motivacional anormal en la que, a pesar de ser miembro de la Guardia Civil, dada su evidente bisoñez y falta de experiencia, y que el

autor material del ilícito penal era su superior jerárquico, no le era exigible por la presión excepcional en que se encontraba demandarle otro comportamiento. Su actuación posterior, ya en el cuartel en base a la cual le condenó el Tribunal de instancia, se produjo en otro escenario y con quebrantamiento de otras normas jurídicas.

En definitiva las circunstancias que determinaron la anormalidad del proceso motivador –por tanto exógena a la persona concernida– son las que justifican la doctrina de la inexigibilidad de otra conducta.

Un derecho penal democrático es un derecho a la medida de la mayoría de los ciudadanos, no hay, como ya se ha dicho, una exigencia a la heroicidad. La no exigibilidad de otra conducta excluye la responsabilidad penal, pero no la antijuridicidad del hecho ni su prohibición. Es una situación límite en la que como tal, se «disculpa» a la persona concernida de la respuesta punitiva, y fue esa situación en la que se encontró el agente Matías.

La propia jurisprudencia de esta Sala no ha sido ajena a esta construcción, precisamente en relación al artículo 176 del CP.

La STS 1050/1997 de 18 de Julio de 1997, citada en la sentencia sometida al presente control casacional, consideró que para entender que el sujeto consiente en el verbo nuclear del tipo «... permitiera que otras personas...» es preciso que no tenga inferior rango que el sujeto principal, lo que es de especial significación en un cuerpo militar –a pesar de su nombre– tan rígidamente jerarquizado como la Guardia Civil.

En el caso de dicha sentencia se trataba de la condena al Instructor y Secretario del atestado que consintieron las torturas infringidas al detenido por otros funcionarios. Se dice en dicha sentencia que el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican la equiparación punitiva prevista en el artículo 176 CP.

Ciertamente tal requisito de ser el sujeto del delito del artículo 176 CP de igual o superior categoría que el autor material del delito, no es exigido por el tipo penal y por otra parte la anterior sentencia quedó matizada en la posterior sentencia de esta Sala n.º 1809/2002 de 5 de Noviembre. También se trataba de un caso de torturas infringidas en Comisaría a un detenido a presencia de otros agentes de igual rango. Retenemos de dicha sentencia el siguiente párrafo del f. jdco. sexto:

«... La cuestión que en el presente caso se plantea en sí, con respecto a este acusado, concurren los requisitos que el dicho artículo 176 establece. Alguna resolución jurisprudencial de esta Sala –sentencia de 18 de Julio de 1997– parece entender que, para poder «permitir», término que el texto legal utiliza, a alguien comisión de torturas es preciso ostentar superioridad jerárquica sobre el torturador. Sin embargo, el texto del artículo 176 del Código Penal no exige esa condición y habrá que atender en cada caso a observar si la conducta concreta ha consistido realmente en una actitud de permisividad respecto a los torturadores activos. Hay que señalar a este respecto que en el Diccionario de la Lengua Española, en su segunda acepción, se define el verbo permitir como «no impedir lo que se debiera y pudiera impedir». Por tanto ha de observarse en este caso si el acusado que ahora recurre debió y pudo impedir lo que en su presencia se estaba realizando...».

«... Y también podía este acusado no permitir a sus compañeros realizar lo que hicieron mediante la simple indicación de su improcedencia y desacuerdo con las normas, actitud que le era posible y pudo haber sido eficaz entre compañeros no relacionados entre ellos jerárquicamente...».

En todo caso no hay que olvidar que la razón de ser de la equiparación de la pena del omitente con la del autor material está pensado, precisamente, en evitar espacios de impunidad en delitos de una gravedad y de muy difícil investigación, singular-

mente en relación al delito de torturas del que el artículo contra la integridad moral tiene un valor residual.

La situación del cuadro de torturas a que se refieren las dos sentencias, reflejan situaciones cualitativamente distintas del delito del artículo 175 CP, y de forma más acusada si tenemos en cuenta las concretas circunstancias del caso enjuiciado.

El artículo 176 CP constituye un delito de omisión propia ya que castiga no la mera infracción de un deber genérico, sino la cooperación omisiva en un hecho típico efectuado por otro fundado en la infracción de un deber específico, de ahí que la pena prevista sea la misma que al autor material dada su condición de garante, ya sea superior jerárquico el omitente –lo que será lo más normal–, en el caso de los jefes que consienten lo efectuado por sus subordinados, encontrándose aquéllos en situación de especial garantías dado el deber de vigilancia y la superioridad jerárquica, ya, incluso, en el caso de igualdad de categoría entre los autores materiales y los omitentes o de subordinación de los omitentes a los autores materiales, si bien en estos casos –como ocurre en el supuesto enjuiciado–, hay que analizar si en concreto el omitente se encontraba en condiciones reales de impedir y no permitir lo que efectuaba, su superior jerárquico.

En el presente caso, estimamos que el recurrente se encontró en una situación tal que no pudo impedir el atentado contra la integridad moral efectuado por su superior. No le era exigible jurídicamente tal deber específico, por lo que no puede ser condenado por tal delito del artículo 176 del CP.

La actuación claramente delictiva que cometió el recurrente, y que aparece expresada en la propia sentencia para justificar la condena del recurrente vía artículo 176 CP, fue la de no denunciar los hechos, cuando se vio libre de la presión ambiental en la playa, ya en el cuartel, primero firmó un informe, junto con el cabo primero, totalmente inexacto, y después cuando efectuó su propio informe ya referido, en el que, como ya se ha dicho «maquilló» los hechos ocultando la realidad de lo ocurrido, es decir no denunciando los hechos presenciados. Dicho informe fue redactado por el recurrente a las 22:15 horas del día 5 –los hechos ocurrieron sobre las 5 horas del 5–, y cuando estaba en el cuartel, es en ese momento, cuando cometió el ilícito claramente penal de no denunciar los hechos que presenció respecto del que como agente de la autoridad estaba ineludiblemente obligado. Cometió el delito del artículo 408 del CP, relativo a la omisión del deber de perseguir delitos que se impone a la autoridad o funcionario que dejase de promover intencionalmente la persecución de los delitos de que tuviese conocimiento por razón de su cargo. Esa y no otra fue la acción antijurídica cometida por el recurrente.

Ahora bien, los hechos que integran este delito son diferentes de los del artículo 176 del CP del que ha sido condenado, y no siendo acusado de tal delito, es claro que esta Sala no puede en esta sede casacional imponerle una condena que vulneraría el principio acusatorio porque los elementos vertebradores de uno y Otro delito no son iguales, y en todo caso procedería inexcusablemente la audiencia del recurrente, lo que no es posible en esta sede casacional como es bien sabido.

(STS 19/2015, de 22 de enero)

ARTÍCULO 183.1 CP

Abuso sexual de menores: Reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Supresión de la mención específica en el tipo penal al bien

jurídico protegido «indemnidad sexual del menor». Alusión al sesgo doctrinal operado en la reforma que no afecta al comportamiento descrito en el tipo penal.

El comportamiento realizado por el recurrente realizando tocamientos en las partes íntimas de dos niñas de diez años, en forma sugerente y con referencias al «mote de venus» y al «botón» de las cosquillas, metiéndoles la mano por debajo de la falda, para tocar su zona vaginal por encima de sus prendas íntimas, integra de forma clara un atentado contra su indemnidad sexual, que debe subsumirse en el párrafo primero del art. 183 vigente cuando ocurrieron los hechos.

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

En definitiva, tanto con la redacción anterior del precepto, como con la actual, los hechos enjuiciados integran los delitos objeto de condena, por lo que no cabe apreciar infracción legal alguna y el motivo debe ser desestimado.

(STS 652/2015, de 3 de noviembre)

ARTÍCULO 183.4.D CP

Abuso sexual de menores: La acusación particular considera inaplicada al caso la cualificación de prevalimiento, prevista en el artículo 183.4.d) del CP. El recurrente estima que el relato probatorio contiene todos los ingredientes para apreciar la cualificación. Se trata de una menor de 8 años, a la que el acusado rebasa en 40 años (al cometer los hechos aquél tenía 48 años). Conviven de forma estable formando un grupo familiar desde hace 7 años, es decir, casi toda la vida de la menor. Conviven, por tanto, en el domicilio familiar. El acusado es la pareja sentimental de la madre de la víctima, esto es, padrastro de hecho de la menor.

Dados los hechos probados no ofrece dudas que el acusado al ejecutar el delito se estaba valiendo de su posición preeminente, que le atribuye una superioridad, dada la diferencia de edad y el ascendiente respecto a la menor.

2. La sentencia considera que la superioridad y el prevalimiento como facilitación del delito debe asentarse en una relación de autoridad moral o familiar que produzca respeto a la vez que confianza de la víctima hacia el victimario. Añade que el acusado no tiene parentesco con la menor ni una especial relación familiar, o en otras palabras, como el *factum* relata, no mantenía el acusado buena relación con la menor.

No es imprescindible, como señala la sentencia, que el sujeto activo ostente una autoridad moral o familiar sobre la víctima, que provoque en la menor respeto y confianza, pues sin tales notas puede producirse una situación de abrumadora superioridad, que facilite sobremanera la ejecución de los actos libidinosos.

Aunque el acusado no mantuviera buenas relaciones con la niña, la posición familiar de facto, le atribuía un inevitable ascendiente.

La jurisprudencia de esta Sala ha venido definiendo el prevalimiento con las siguientes notas:

- 1) Situación de superioridad que ha de ser manifiesta.
- 2) Que tal situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima.
- 3) Que el sujeto agente consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibitorios de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de dicha situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual. (STS. 10/2012 de 15 de febrero y 80/2012 de 10 de febrero).

3. La jurisprudencia de esta Sala ha reputado situación de superioridad o prevalimiento las hipótesis de ser padrastro de hecho de una menor, esto es, compañero sentimental de la madre en relación estable, ya que la posibilidad de rentabilizar esa prevalencia con el objetivo de satisfacer apetencias sexuales, implicaba un plus de antijuridicidad que está en la base de la agravación que contempla el artículo 181.3 CP, en nuestro caso la homónima cualificación del artículo 183.4.d).

Así pues, como puntualiza el M.º Fiscal, que apoya el motivo, «sin perjuicio de que la relación del acusado con la menor fuera mejor o peor, lo cierto es que este último se aprovechó de las siguientes circunstancias:

- a) Diferencia de edad: (40 años).
- b) Convivencia familiar: pareja estable de la madre, lo que indefectiblemente le debía atribuir un claro predominio moral o influencia sobre la menor.
- c) Lugar de ejecución del delito: domicilio común.

Todo ello facilitó la realización de los hechos típicos consecuencia de la absoluta prevalencia del acusado sobre la menor y el temor reverencial que éste inspiraba frente a aquélla por la posición que ocupaba en el grupo familiar».

(STS 291/2015, de 21 de mayo)

ARTÍCULO 187 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 183 BIS CP

Corrupción de menores de 13 años a través de la tecnología de la información y comunicación. Child Grooming: los hechos pueden ser calificados como un delito de corrupción de menores de 13 años a través de la tecnología de la información y comunicación previsto y penado en el artículo 183 bis, comúnmente conocido como delito de

grooming y que también pueden ser calificados como integrantes del artículo 187.1 y 2 (delito de prostitución y corrupción de menores) y al tratarse de dos preceptos que tienen el mismo bien jurídico protegido, aplica el artículo 187 por contener la pena más grave. Dolo de indiferencia. Error de prohibición en relación con la edad del menor.

Considera al recurrente que el artículo 183 bis es un tipo penal específico referido a conductas que el legislador ha querido regular y castigar por separado por lo que, en virtud de la regla 1.ª del artículo 8 CP, la Ley especial deroga la general y debe aplicarse el artículo 183 bis. Añade que, en ningún momento, la sentencia aduce que aplica el artículo 187 por contener los hechos algún matiz o característica que los aparte del delito previsto en el artículo 183 bis, al limitarse a argumentar que, pudiendo ser enjuiciados por los dos tipos penales, ha de aplicarse el que contenga la pena más grave, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, y por otra parte, son numerosas las referencias que el tribunal hace a la menor gravedad de los hechos, su escasa temporalidad y que se han circunscrito a un número concreto de días, se ha impuesto una pena igualada a los tipos penales en los que existe contacto físico y sexual con el menor, por lo que la pena resulta desproporcionada.

1.º El desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para analizar estos contactos interpersonales ha sido aprovechado por delinquentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas. Este acceso y relación temática entre agresor y sus víctimas menores de edad como medio, entre otros, para lograr la elaboración de pornografía infantil ha sido una constante preocupación en la comunidad internacional.

Así la referencia al castigo de la pornografía infantil debe ponerse en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta a niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía hecho en Nueva York, el 25.5.2000, y el Convenio sobre Cibercriminalidad, hecho en Budapest el 23.11.2001. Por su parte, la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de 22-12-2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, no abordó de manera expresa la cuestión, aún cuando la misma pudiera llegar a tener cabida en el listado de infracciones que realiza al recoger, dentro de las relativas a la explotación sexual de los niños, la coacción, captación o explotación de cualquier modo a los mismos para que participen en espectáculos pornográficos, así como la práctica de actividades sexuales recurriendo a la coacción, la amenaza o el abuso de una posición reconocida de confianza o influencia sobre el niño; y dentro de las infracciones relativas a la pornografía infantil, su producción por medios informáticos.

Es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25-10-2007, el que pasa a recoger en su artículo 23, bajo la rúbrica «Proposiciones a niños con fines sexuales» la obligación de las Partes a adoptar «las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación proponga un encuentro a un niño», cuya edad esté por debajo de que cada Estado parte hubiese fijado como límite a la intangibilidad sexual de los menores con el propósito de cometer contra él cualquier a de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1 a) del artículo 18 (esto es «realizar actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades») o al apartado 1 a) del artículo 20 c (producción de pornografía infantil) cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales.

Asimismo, el informe del tercer Congreso Mundial de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes, celebrado en Río de Janeiro en noviembre de 2008, recoge la invitación a todos los Estados emprender las acciones específicas para prevenir e impedir la pornografía infantil y el uso de Internet y de las nuevas tecnologías para el acoso de niños, con el fin de abusar de ellos on-line y off-line y para la producción y la difusión de la pornografía del niño y de otros materiales.

Por último, la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13-12-2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68. Al del Consejo, expresa claramente su preocupación sobre el ciberacoso infantil considerándolo una «de las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores» por el anonimato que Internet permite al delincuente. Y así en su artículo 6, tras reproducir en esencia las previsiones del Convenio de Lanzarote al respecto, añade una nueva dimensión al imponer la necesidad de las partes de sancionar cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación de adquirir, poseer o acudir a pornografía infantil mediante el embaucamiento de un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que represente a dicho menor.

En España la reforma 5/2010 ha introducido un nuevo delito de ciberacoso sexual infantil en el artículo 183 bis, con la siguiente redacción:

«el que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 13 años y le proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de 1 a 3 años prisión o multa de 12 a 24 meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso metidos».

El término *Child Grooming* se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor.

En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años.

Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta.

La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada.

En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años. Es referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP «De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, y con las previsiones del artículo 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niños (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 13 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos.

En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 13 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

—El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante *Wi-Fi* o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agosta con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).

La proposición al encuentro. Este requisito de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 responden a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.

A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación. Interpretación esta que no es compartida por parte de la doctrina al considerar que la

exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.

—Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir «encaminados al acercamiento», finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio «encuentro». De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean «materiales» implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina. Ahora bien otro sector considera que si el legislador ha tomado el término material, como opuesto al espiritual conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como «encaminados al acercamiento», no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189. SE objeta que no se entiende bien la referencia a los artículos 178 a 182, relativos a agresiones y abusos sexuales a mayores de 13 años, al haber bastado referirse solo al artículo 183, que comprende estos ataques a la indemnidad sexual de menores de 13 años agrupados en el nuevo Capítulo II bis.

No obstante si se contempla la posibilidad de comenzar un ciberacoso sexual con un menor de 13 años, y consumir la agresión sexual cuando aquel ya sea mayor de 13 años, la remisión normativa de los artículos 178 a 182 parecería correcta.

2.º En cuanto a la modalidad del artículo 187.1, introducida por la reforma operada por LO 5/2010, de 22.6, castiga la conducta de quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con persona menor de edad o incapaz y en el apartado 2 la figura agravada de cuando la víctima sea menor de 13 años, y se cumple así el mandato del artículo 2 de la Decisión Marco 2004/68 JAI de 22.12.2013, castigándose al cliente que obtiene (o solicita) el favor sexual de una persona menor de edad, sin que sea precisa la vinculación de la conducta con la entrada o mantenimiento de la víctima en la situación de prostitución. Por tanto cuando el sujeto pasivo es menor de edad habrá de reputarse tal acción como delictiva con independencia de que el menor ya hubiese o no practicado la prostitución pues el

ofrecimiento de dinero puede considerarse como suficientemente influyente para determinar al menor a realizar actos sexuales.

El bien jurídico tutelado en el precepto es sin duda la indemnidad sexual del menor, indemnidad que hay que entender en su sentido más pleno de contenido pues no solo pretende preservar el derecho a su pleno desarrollo y formación y socialización del menor, así como su libertad sexual futura, sino también su integridad moral por lo que el favorecimiento o promoción de la prostitución supone de «cosificación» del prostituido.

Pues bien entre los posibles concursos entre ambas figuras delictivas, artículos 183 bis y 187.1 y 2, el primer precepto establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del artículo 183 bis sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos (art. 178 a 183 y 189) –aun cuando un sector doctrinal entienda que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los artículos 178 a 183 y 189, como actos de tentativa de los mismos delitos, por los que debiera aplicarse la regla de alternatividad del artículo 8.4 CP, en caso de que la aplicación del artículo 183 bis privilegiase la respuesta penal frente a la tentativa del artículo 183.

Asimismo parte de la doctrina ha expresado sus críticas a esta regulación por entender que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión. Por el contrario, otro sector doctrinal precisa que son perfectamente compatibles la punición de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o lesión. Con el castigo del artículo 183 bis se persigue sancionar conductas que, amparadas en la facilidad del medio tecnológico, provocan un ciberacoso sexual de la infancia con los otros tipos penales se castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil y estaríamos ante un concurso real de delitos, artículo 73.

Llegados a este punto el problema que se suscita es que el delito del artículo 187 no está incluido entre aquellos a los que se encamina el encuentro del artículo 183 bis, esto es los descritos en los artículos 178 a 183 y 189 CP, por lo que se plantea cual sea su relación concursal, que tanto la sentencia recurrida como el propio recurrente considera que es un concurso de normas, discrepando que apartado concreto del artículo 8 CP, debe ser el aplicado; por entender éste que el artículo 183 bis es un tipo penal específica que debe aplicarse en virtud de la regla 1.ª del artículo 8.

La doctrina científica y jurisprudencia son constantes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del «*non bis in idem*». Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005m, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del «*non bis in idem*». En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa,

y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.

En definitiva, como recuerda la STS 342/2013, de 17.4, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

En el caso analizado no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del artículo 183 bis sea un precepto específico respecto al artículo 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona –en este caso– menor de 13 años, según el relato fáctico de la sentencia el acusado en diversas ocasiones solicitó al menor quedar para «follar» o «hacer un 69» a cambio de dinero y dependía del tiempo y el acto que el menor estuviera dispuesto a realizar– remuneración o promesa que no se recoge en el artículo 183 bis CP, por lo que aquel debe ser el aplicado, máxime cuando se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, sin que sea preciso que la iniciación o dedicación a la prostitución llegue a producirse. El concepto de la corrupción del menor se contempla desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal es el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor se inicie (aunque sea en un momento posterior en tal actividad o se mantenga en la que ya ejerce). Nos hallamos ante un delito en el que lo importante para su incriminación no es el acto en sí mismo solicitado sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prestación del cuerpo propio para la realización de actos de contenido sexual a cambio de precio u otros favores.

(...) En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años.

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del artículo 187.1 y 2 CP o en su caso del artículo 183 bis puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero, y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, «todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción» (SSTS 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado.

(...) El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que si de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido. El menor según el *factum* nació el NUM003 .2001, por lo que tenía 11 años y 7 meses cuando los hechos se iniciaron y la Sala, en todo caso, descarta el error invocado por tres razones que explicita: su fotografía de perfil del menor (folio 161), el propio aspecto de menor constatado por el tribunal por su directa percepción en el juicio oral, pasados dos años; y el hecho de que el acusado vio en persona al menor el día que se hizo entrega del teléfono móvil –6-10-2012–, lo que lleva al Tribunal a considerar imposible que el acusado creyera que el menor en esas fecha tuviese 13 años de edad.

(STS 97/2015, de 24 febrero)

ARTÍCULO 197.2 CP

Descubrimiento y revelación de secretos: El motivo que inicialmente formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECrim, lo fundamenta en indebida aplicación del artículo 197.2 CP. Delito de descubrimiento y revelación secretos cometida por funcionario público del artículo 198 CP. En el artículo 197.2 CP, conforme a las SSTs 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre y 990/2012, de 18 de octubre, sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena– en el inciso segundo. En cuya consecuencia, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles.

El artículo 197.2, castiga:

a) al que sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registra-

dos en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado;

b) al que sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y c) a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Antes de analizar la cuestión alegada, conviene destacar que lo que se protege en este apartado segundo es la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos, lo que constituye una dimensión positiva de la intimidad que constituye el bien jurídico protegido como recuerda la STS núm. 1328/2009, de 30 de diciembre, que a su vez advierte, en relación al ámbito de los datos personales:

a) En principio, todos los datos personales automatizados, son «sensibles» porque la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento de Datos Personales (LORTAD) 5/92, de 29 de octubre, no distingue a la hora de ofrecerles protección (vd. artículo 2, 1.º y 3.º, de dicha Ley). Datos en principio, inocuos al informatizarlos, pueden ser objeto de manipulación, permitiendo la obtención de información.

No existen, por consiguiente, datos personales automatizados reservados y no reservados, por lo que debe interpretarse que todos los datos personales automatizados quedan protegidos por la comunicación punitiva del artículo 197.2 CP.

b) Tampoco hacen distinción alguna, ni la Ley vigente de Protección de Datos Personales, LO. 15/99, de 13 de diciembre, que ha sustituido a la LORTAD, ni la Directiva 95/46 de la Unión Europea, ni el Convenio del Consejo de Europa, en la propia LORTAD.

c) No es posible, a su vez, interpretar que «los datos reservados» son únicamente lo más sensibles, comprendidos en el «núcleo duro de la privacidad» (v.g. ideología, creencias, etc.), para quedar los no reservados en el grupo de los sancionables administrativamente, por cuanto dicho enfoque hermenéutico chocaría con una interpretación sistemática del artículo 197 CP, ya que si en él se prevé un tipo agravado para esta clase de datos (numero 5) «*a sensu contrario*» los datos tutelados en el tipo básico, serían los no especialmente protegidos (o «no reservados») en la terminología de la Ley.

d) En consecuencia y en línea de principio, no importa la trascendencia e importancia objetiva de los datos personales y familiares. No cabe, pues, diferenciar a efectos de protección entre datos o elementos «objetivamente» relevantes para la intimidad que serían los únicos susceptibles de protección penal y datos «inocuos» cuya escasa significación los situaría directamente fuera de la intimidad penalmente protegida (vd. STS. 725/2004 de 11 de junio). Es decir, el legislador ha querido alcanzar todos los datos de estas características porque, indudablemente, todos son merecedores de protección penal. Ahora bien, sí debe exigirse que los datos o información pertenezcan al ámbito privado y personal o familiar del sujeto. La STS. 358/2007 de 30 de abril, recordó que aunque en el segundo apartado del artículo 197 se refiere a datos reservados de carácter personal o familiar, no siendo preciso que pertenezcan al núcleo duro de la privacidad, pues de ser así se aplicaría la agravación del apartado quinto del artículo 197, sí es necesario que afecten a la intimidad personal.

e) Hay que distinguir entre la irrelevancia «objetiva» del contenido e importancia de la información para que la protección penal opere en el caso de datos de carácter personal o familiar, a que se refiere el artículo 197.2, que desde el punto de vista sustancial y aisladamente considerados, son generalmente inocuos; y la necesaria equiparación que debe establecerse entre «secreto» y «reservados» a efectos de la intimidad personal y familiar. En efecto, de una interpretación teleológica y sistemática

tica se debe concluir que el término «reservados» que utiliza el Código hay que entenderlo como «secretos» o «no públicos», parificándose de este modo el concepto con el artículo 197.1 CP. Secreto será lo desconocido u oculto, refiriéndose a todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.

Ya en relación con la alegación del recurrente, la jurisprudencia, al contemplar las diversas conductas tipificadas en el artículo 197.2, en las SSTS 123/2009, de 3 de febrero; 1328/2009, de 30 de diciembre, y 990/2012, de 18 de octubre, destaca que sólo con relación al inciso primero (apoderamiento, utilización o modificación) y al último (alteración o utilización), menciona expresamente el legislador que la conducta se haga en perjuicio de tercero, mientras que no exigiría tal perjuicio en el caso de la conducta de acceso; si bien, resulta necesario realizar una interpretación integradora del precepto, pues no tendría sentido que en el mero acceso no se exija perjuicio alguno, y en conductas que precisan ese previo acceso añadiendo otros comportamientos, se exija ese perjuicio, cuando tales conductas ya serían punibles –y con la misma pena en el inciso segundo.

Ya la STS. 234/1999, de 18 de febrero, precisa que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, al titular de los datos o a un tercero, perjuicio que se produce siempre que se trata de un dato considerado «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta.

De igual modo la STS 1328/2009, de 30 de diciembre, diseccionaba en cuanto a la distinción entre datos «sensibles» y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico, por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación, poniéndolos al descubierto comporta ya ese daño a su derecho a mantenerlos secretos u ocultos (intimidad) integrando el «perjuicio» exigido, mientras que en los datos «no sensibles», no es que no tengan virtualidad lesiva suficiente para provocar o producir el perjuicio, sino que debería acreditarse su efectiva concurrencia.

En definitiva, el mero acceso no integraría delito, salvo que se acreditara perjuicio para el titular de los datos o que este fuera ínsito, por la naturaleza de los descubiertos, como es el caso de los datos sensibles.

Interpretación integradora, que acota el ámbito delictivo, de otro modo desmesurado y con sanciones graves para conductas en ocasiones inocuas, pero a su vez, supera la crítica de quienes entendían que al limitar la punición del mero acceso a los datos que causan un perjuicio apreciable a los datos «sensibles», suponía una restricción excesiva, pues se produce el efecto de asimilar el perjuicio a la parte más básica de la intimidad («núcleo duro de la privacidad»): salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. que ya se castiga como subtipo agravado en el actual artículo 197.6, lo que conllevaría la práctica inaplicación del artículo 197.2 CP; tal asimilación no la predicamos, pero cuando el acceso se refiere a datos no sensibles, el perjuicio debe ser acreditado.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado, pues toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, formando parte de su derecho a la intimidad (art. 7.1 Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). La historia clínica definida en el artículo 3 de esta ley como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, estaría

comprendida en ese derecho a la intimidad y además forma parte de los datos sensibles, el núcleo duro de la privacidad, cuyo mero acceso, como hemos descrito, determina el perjuicio de tercero; el del titular de la historia, cuyos datos más íntimos, sobre los que el ordenamiento le otorga un mayor derecho a controlar y mantener reservados, se desvelan ante quien no tiene autorizado el acceso a los mismos.

Pudiera entenderse que al ponderar ya esta circunstancia para aplicar el tipo básico del artículo 197.2, ya no cabría acudir al 197.6, pues la afectación de la conducta prohibida sobre datos sensible sería objeto de una doble desvaloración, al servir para integrar el tipo básico del 197.2 y a su vez el tipo agravado del 197.6; pero sucede que la Audiencia Provincial, sólo acude a la imposición de la pena de prisión y de multa en su mitad superior, que autorizaría una vez el artículo 197.6 y otra el artículo 198, en una ocasión, precisamente para evitar una doble incriminación. Dicho de otra manera, la pena impuesta en la sentencia recurrida es la correspondiente al artículo 198 en relación con el artículo 197.2, sin tener en consideración la agravación punitiva específica del artículo 197.6 que la Audiencia elude.

(STS 532/2015, de 23 de septiembre)

ARTÍCULO 252 CP

Apropiación indebida: se invoca infracción, por inaplicación, del artículo 252, en relación al artículo 249, ambos del Código Penal. Se alega, en defensa del motivo, que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de apropiación indebida, tipificado en el artículo 252 del Código Penal y que el relato fáctico no permite la apreciación de la modalidad de apropiación de dinero recibido indebidamente por error del transmitente.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 254 del Código Penal, en supuestos parecidos al que ahora examinamos. Así, en la Sentencia 44/2007, de 29 de enero, se declara que no hay duda de que la actuación de los acusados es antijurídica y dolosa. El problema es determinar su ubicación en cuanto a la tipicidad se refiere. Y se señala que la conducta de los acusados que allí se describe, no puede ser incardinada en el tipo delictivo del artículo 252 CP porque este delito de apropiación indebida requiere inexcusablemente que las cosas, el dinero o los efectos recibidos lo hayan sido en virtud de «un título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos», lo que implica necesariamente el conocimiento del agente de la existencia de ese título, es decir, del negocio jurídico preexistente que ha generado la recepción y la eventual y posterior obligación de devolverla. Este elemento subjetivo del delito es claro que no concurre en los hechos que se imputan a los acusados, puesto que, como ya se ha dicho, no hay datos en el «*factum*» que indiquen que los acusados participaran en el acuerdo ni tampoco alusión alguna en la sentencia de que tuvieran conocimiento del mismo, como «título» generador de la recepción del dinero. Excluida pues la tipicidad del artículo 252 CP, la cuestión reside en determinar si la conducta descrita en el «*factum*» es incardinable en el artículo 254 CP propugnada por el Fiscal, es decir, si

estamos ante un supuesto de recepción indebida por error del transmitente del dinero y que, comprobado el error, no se proceda a su devolución. La respuesta debe ser afirmativa, la transferencia del dinero a personas que nada tenían que ver con ese negocio jurídico debe considerarse un error del transmitente generado por la actuación del vendedor, pues a quien el comprador quería pagar era al vendedor, no a quienes recibieron el dinero. Por otra parte, y desde la perspectiva de quienes recibieron el dinero (los acusados), también se trataba de un error de quien había hecho la transferencia, puesto que dichos acusados sabían perfectamente que el dinero por ellos recibido no obedecía a ninguna deuda de que la empresa fuera acreedora, ni a ningún negocio causal de la misma, ni existía razón alguna que justificara la recepción del dinero, por lo que, debe concluirse que desde la posición de los acusados que se expone en el «*factum*» de la sentencia, se trataba de una recepción indebida, que no podía obedecer a otra causa que la del error del ordenante de la transferencia.

Y con similar criterio se pronuncia la Sentencia 1416/2004, de 2 de diciembre, en la que se expresa que el tipo penal del artículo 254 del Código Penal recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del artículo 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta. La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los artículos 1895 y siguientes del Código civil, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva. Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución.

A tenor de los hechos que se declaran probados a los que antes se ha hecho referencia, completados con los datos que se indican en el segundo de los fundamentos jurídicos, los hechos no se subsumen, como se pretende por el Ministerio Fiscal, en el artículo 252 del Código Penal, en cuanto no puede hablarse de la existencia de depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de devolver o entregar lo que se hubiera apropiado una vez recibido legítimamente, presupuestos que son precisos para apreciar un delito de apropiación indebida. Por el contrario, si concurren, acorde con la jurisprudencia que se ha dejado expresada y con los razonamientos expuestos en la sentencia recurrida, cuantos elementos caracterizan el delito de apropiación indebida en la modalidad tipificada en el artículo 254 del Código Penal ya que la acusada, una vez advertida del ingreso erróneo, procedió a la realización de actos de disposición de su casi totalidad, lo que constituye la conducta típica en su modalidad de no proceder a la devolución una vez sabedora del error del transmitente, con evidente ánimo de apropiación.

(STS 30/2015, de 22 de enero)

ARTÍCULOS 260 Y 290 CP

Insolvencia punible. Delito societario. Reforma operada por la LO 1/2015: Recurre en casación la representación procesal del condenado en instancia, como autor de un delito de insolvencia punible del artículo 260 en su anterior redacción y de un delito societario del artículo 290, formulando tres motivos por infracción de precepto legal, por error iuris.

(...) Este delito societario de falsedad contable tipificado en el artículo 290 del Código Penal goza de autonomía propia, más allá de que criminológicamente se presente frecuentemente como instrumental de otros ilícitos penales; viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero (cfr. STS núm. 863/2009, de 16 de julio).

(...) El perjuicio efectivo, en ningún caso, resulta elemento del tipo básico calificado en autos, pues de llegarse a causar, se aplicaría el subtipo agravado incorporado en el segundo y último párrafo del artículo 290 del Código Penal.

(...) en el delito del artículo 260, la declaración de quiebra es el hito cronológico final, es la meta de la discurrir comisivo que tipifica; no el momento inicial o casilla de salida que presupone el recurrente; así la STS núm. 40/2008, de 25 de enero, expresamente refiere que «la progresión delictiva de actos que pueden integrar el mismo (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o resultantes en la contabilidad), dirigido todo ello a la insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente, concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente, concurso) declarado judicialmente. Más allá no se extiende el delito. Los hechos posteriores que puedan ser ilícitos penales, tendrán por consiguiente otra calificación jurídica, pero ya no podrán ser objeto de consideración en el concurso o quiebra fraudulenta (por emplear la terminología anterior). De ahí que el Código penal, en el artículo 259 del Código penal, para cubrir este vacío, incrimine los actos que lleven a cabo el deudor, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posesión del resto. O al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél (art. 261)».

(...) esa es la conducta en qué consiste el delito de insolvencia punible, el vaciamiento o desaparición de bienes de la sociedad, que posteriormente debían integrar la masa, de forma que agravó la situación de insolvencia en que se encontraba e imposibilitó o, al menos dificultó en gran medida el cobro de los acreedores.

(...) la conducta de autos, sancionada por el artículo 260 de la anterior redacción, estaría ahora tipificada en el actual artículo 259.1.1.ª CP, que castiga a quien, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura, con las penas de 1 año a 4 años de prisión y multa de 8 a 24 meses; y en autos, la pena impuesta por

el anterior artículo 260, con la atenuante de ordinaria de dilaciones indebidas fue de dos años de prisión y ocho meses de multa; que obviamente resultan comprendidos en la pena de 1 año a 2 años y 6 meses de prisión, y multa de 8 a 16 meses, que permitiría imponerse una vez estimada la atenuante; por lo que no procedería la aplicación de la reforma operada por LO 1/2015.

Pero sucede que al haberse estimado el motivo que determina la estimación de una atenuante como muy cualificada, la pena resultante a tenor de la anterior redacción del artículo 260, aunque se opte meramente por rebajar un grado, sería de prisión de un año a dos años menos un día y multa de 4 a 8 meses menos un día; mientras que la inferior en grado al actual 259.1.1.^a, sería prisión de seis meses a un año menos un día, y multa de tres a seis meses menos un día.

Consecuentemente, efecto concatenado de la estimación de la atenuante como muy cualificada, conlleva a su vez que se aplique la nueva redacción otorgada al Código Penal por la LO 1/2015.

(STS 760/2015, de 3 de diciembre)

ARTÍCULO 285 CP

Delitos relativos al mercado y a los consumidores. Insider trading: El recurrente alega que el tipo del artículo 285 CP, exige una relación causal entre la infracción y el beneficio obtenido, pues este constituye un resultado del delito, si bien la cifra de 600.000 euros obra también como condición objetiva de punibilidad; es decir, que la información suministrada ha de ser idónea para originar dicho beneficio. Corrientes doctrinales que afirman la irrelevancia de la relación causal, donde la cifra de 600.000 euros opera como mera condición objetiva de punibilidad que diferencia los ámbitos administrativo y penal, pero el tipo se conforma con la mera infracción del deber de secreto.

(...) Para resolver el motivo, hemos de determinar la naturaleza y función de la exigencia de la obtención de un beneficio económico de 600.000 euros; pues efectivamente, conllevan consecuencias muy diversas, por cuanto, en términos generales, quienes califican la suma de 600.000 euros como resultado del delito, admiten la punibilidad de la tentativa, requieren la existencia de un nexo causal entre el resultado y el uso de la información y que ese resultado sea abarcado por el dolo del sujeto; mientras quienes defienden la tesis de una condición objetiva de punibilidad, en principio afirman la impunidad de las formas imperfectas de ejecución y la innecesaridad de que sea abarcada por el dolo del sujeto.

Este sistema de cuantía mínima, aún cuando en nuestro ordenamiento tenga su origen en el sistema establecido en los delitos patrimoniales para diferenciar diversos grados de penalidad o su diferenciación entre los tradicionales delito y falta, cumple diversa finalidad en los delitos económicos, fundamentalmente, restringir el ámbito delictivo a conductas relevantes así como delimitar el límite entre delitos e infracciones administrativas. Así, al igual que en el delito de uso o suministro de información privilegiada del artículo 285.1 CP, encontramos cuantías mínimas con tal funcionalidad, en

los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social de los artículos 305 y ss. CP, o en la legislación especial de represión del contrabando (art. 2 LO 12/1995).

La jurisprudencia, cuando ocasionalmente se ha pronunciado, se ha decantado por entender que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad; así las SSTS núm. 4.216/1990, de 27 de diciembre, 38/2005, de 28 de enero, 643/2005, de 19 de mayo, 571/2006, de 21 de abril, y 160/2009, de 12 de febrero, respecto del delito contra la Hacienda Pública; o las SSTS núm. 1156/1997, de 29 de septiembre, 435/2002 de 1 de marzo, 514/2002, de 29 de mayo, 2052/2002, de 11 de diciembre, 830/2003, de 9 de junio, 1030/2013, de 28 de noviembre, respecto del delito de fraude de subvenciones; o la STS núm. 646/2014, de 8 de octubre, respecto del delito de contrabando.

Donde, es cierto que de manera sucinta, enfatizan la finalidad de la condición objetiva de punibilidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa, de modo que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía mínima establecida como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas se relega al Derecho administrativo sancionador.

No obstante, también existe algún pronunciamiento en contra, como la 974/2012 de 5 de diciembre que predica del resultado, la cuantía de la cuota, su condición de elemento del tipo objetivo, fundamentado en que el injusto penal debe concebirse como un plus de antijuricidad respecto de la infracción administrativa, que se realizaría con el mero incumplimiento del deber sin necesidad de perjuicio adicional, es decir que no basta para fundamentar el injusto el mero incumplimiento del deber, sino que requiere el desvalor cualificado del resultado.

También hemos de precisar ahora, que ante las dos posturas doctrinales antagónicas, cabe una posición intermedia, también enunciada por el recurrente, donde la obtención de un beneficio (o el más improbable, en su caso, causación de un perjuicio) cualquiera sí constituye un resultado del delito, pero que el límite cuantitativo es una condición objetiva de punibilidad.

Por su parte la STS 1136/2010, de 21 de diciembre, en expresa consideración de este delito de uso de información privilegiada, opta por no decantarse.

La defensa de la consideración de condición objetiva de punibilidad, cuenta con diversos argumentos:

–Histórico. En el Proyecto de Código Penal de 1992, en su artículo 305, se castigaba «a quien de forma directa o por persona interpuesta usare de una información privilegiada relativa a cualquier clase de valores o instrumentos negociados en cualquier mercado organizado, oficial o reconocido, y obtuviere, como consecuencia de su negociación, un resultado o provecho...»; mientras que ya en el Proyecto de 1994, en su artículo 281, se castigaba a quien usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores... obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico...»; a la par que en el debate parlamentario se propuso que la cuantía del beneficio se utilizara para articular una agravante específica al tiempo que se defendía que al límite cuantitativo debía servir para distinguir la infracción penal de la administrativa, texto que se aprueba en la redacción de 1995 y si vienen el actualidad su redacción proviene de la reforma operada por LO 15/2003, se mantiene la forma verbal no personal, sin explicitar conexión casual con el resultado, al sancionar a:

Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrarle obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

–Gramatical. Pues la locución más adecuada para entender la cuantía como resultado, sería la inicial de «usare para obtener» y no el gerundio «obteniendo», forma no personal carente de definición respecto al tiempo, modo, número y sujeto; aunque denota una cierta perdurabilidad.

–Teleológica, en función del bien jurídico protegido. En el delito de abuso de información privilegiada no se incriminan fraudes patrimoniales sobre patrimonios individuales ajenos ni se protege se protege de forma directa e indirecta el patrimonio del inversor; a diferencia de lo que ocurre en los clásicos delitos contra la propiedad, no es posible en el delito de abuso de información privilegiada establecer una relación causal entre la conducta del *insider* o iniciado y un correlativo perjuicio patrimonial sufrido por el sujeto pasivo, pues la operación del *insider* no es la causa de la decisión del inversor para la compra o venta de títulos-valores; el inversor, ya estaba dispuesto a realizar esa compra o esa venta a ese concreto precio.

Por tanto, el bien jurídico tutelado, no resulta afectado de manera frontal por un concreto beneficio o perjuicio obtenido, sino por el quebranto de la igualdad de oportunidades de los inversores respecto al acceso a la información que evite que nos sujetos obtengan indebidamente una posición de ventaja cognoscitiva por la posesión de información relevante reservada; transparencia informativa que posibilita además la confianza de los inversores en el funcionamiento del mercado. En igual sentido, la STJCE de 23 de diciembre de 2009, en el asunto Spector (C45/08), recuerda que la finalidad de la Directiva que tutela el sector, es la de garantizar la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que estarán en igualdad de condiciones y de que estarán protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada.

–Dogmática. a) Porque en la cotización bursátil, influyen de manera directa e indirecta una multiplicidad de factores, de imposible previsibilidad en su ponderación global, además del componente aleatorio en alguno de ellos, de modo que difícilmente podrán ser abarcados por el dolo. Siempre habrá un componente futuro e incierto, además de invariable cuantificación, que no depende de la conducta del iniciado ni la hace más reprochable. Los factores conocidos se reflejan en los precios de mercado eficientes, pero es doctrina asumida y empíricamente acreditada en las recientes crisis, que las principales fuentes de la inestabilidad del mercado, son factores desconocidos.

b) Pero especialmente, en el tipo concurrente en autos de «suministrar» la información relevante para la cotización de un determinado valor a un tercero, donde la producción del concreto resultado depende de la ulterior actuación del receptor de la información que será quien mantenga el dominio del hecho, pues es quien decide utilizar dicha información y en qué cuantía; de modo que si responde del delito el iniciado que se limita a la provisión al tercero de la información que no debía transmitir, es meramente por asumir, al menos eventualmente que éste iba a utilizarla y que su utilización sería objetivamente idónea para la obtención del beneficio (o en su caso la causación del perjuicio); pero la efectiva utilización y causación de dicho beneficio (o en su caso de un perjuicio) superior a seiscientos mil euros sobre la que carece de todo dominio, solamente podrá integrar una condición objetiva de punibilidad.

En definitiva, al margen ya de las consideraciones de si en estos tipo de infracción de deber, la diferenciación con la mera infracción administrativa, no viene dada sólo por la cuantía mínima exigida, sino que deben añadirse diferencias cualitativas de la diversa naturaleza del delito frente a los ilícitos administrativos, no sugeridos en la norma; y al margen de su viabilidad respecto de otros delitos económicos, lo cierto es, que respecto de la concreta figura típica objeto de este proceso, dentro de las alternativas previstas en el artículo 285.1 CP, el suministro de información relevante

para la cotización de un determinado valor, la obtención del específico beneficio (o en su caso perjuicio) superior a seiscientos mil euros, depende, al margen del componente de las vicisitudes del mercado antes descritas, de la conducta del tercero, quien decide de manera autónoma, intervenir o no en el mercado con la información privilegiada que le ha suministrado el iniciado; y ello con independencia de la efectiva intención que este tuviera cuando le comunicaba la información a este tercero.

De ahí, que al mediar necesariamente para obtener el beneficio, un acto volitivo de tercero sobre el que suministrador no tiene dominio del hecho alguno, la consecución de seiscientos mil euros de beneficio, integra una auténtica condición objetiva de punibilidad, completamente independiente de la conducta del autor y de su culpabilidad, pero que determina su punibilidad.

La consecuencia es, que por la propia dicción típica, en ningún caso cabe determinar la relación de causalidad entre la conducta del iniciado que proporciona la información a otro y la efectiva obtención de un beneficio, tras su utilización en el mercado de valores (u otro mercado organizado, oficial o reconocido) por «el otro», cuando esa intervención en el mercado, como es el caso, deriva de la autónoma voluntad de alguien ajeno a quien suministra la información. Ello, abstracción hecha de la incidencia, en su caso, de las reglas generales de la participación del particular en el delito especial propio, aquí no suscitada.

Otrora cuestión, es que el suministro de la información relevante, dadas las circunstancias personales y profesionales conocidas del receptor, deba ser apto, como aquí ocurre, para generar dicho beneficio. Pero en modo alguno la estructura típica de la conducta sancionada posibilita la exigencia invocada por el recurrente de que el resultado sea imputable objetivamente a la acción (...), cuando media ruptura de la relación causal por la acción de tercero.

(STS 491/2015, de 23 julio)

ARTÍCULO 318 BIS CP

Actos de favorecimiento o promoción de tráfico ilegal o inmigración clandestina. Reforma operada por la LO 1/2015: Reitera el Ministerio Fiscal la pretensión de condena de los acusados por el delito previsto y penado en el artículo 318 bis 1 y 3 del Código Penal, redacción vigente al tiempo de los hechos y que, según expone en el trámite que venimos de abrir, estima también sancionado en la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 1/2015, siquiera con inferior penalidad

El artículo 318 bis.1, hasta la Ley Orgánica 1/2015 sancionaba los actos de favorecimiento o promoción de «tráfico ilegal o inmigración clandestina», desde, en tránsito o con destino a España o a países de la UE.

Tras la citada reforma el comportamiento típico consiste en ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a «entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros»,

Por su parte el artículo 313.1 del Código Penal varió su contenido, respecto a su redacción entonces vigente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010. Ésta

circunscribió el tipo penal a los supuestos de favorecimiento de emigración, destipificando, a los efectos de ese precepto, la determinación a la inmigración clandestina.

Es decir, desde la vigencia de la reforma de 2010, además de tipificar separadamente la trata de personas, se eliminó la posible duplicidad típica de la misma conducta (favorecer la inmigración) en los artículos 313.1 y 318 bis 1 del Código Penal. Como se advertía en la exposición de motivos el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transaccional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios añadiendo...como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1.

Por lo que concierne a la modificación de 2015, el tipo penal sustituye el concepto inmigración clandestina por el de entrada o tránsito (además de la permanencia o estancia a que se refiere el nuevo 318 bis 2) en la que concurra contravención de las normas legales.

Lo que, siendo concorde al nuevo bien jurídico considerado, –exclusivamente la legalidad administrativa de la entrada y presencia en territorio español de ciudadanos no europeos (si fuere ciudadano de un país de la Unión se exige ánimo de lucro)– puede suponer una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa. La lectura de éstas permite comprender que no toda ilegalidad es equiparable a clandestinidad.

Nuestra Jurisprudencia, anterior a la última reforma ya había hecho severas advertencias. Valga por todas la STS 678/2014, de 23 de octubre:

No basta con acreditar cualquier infracción de la normativa administrativa sobre la materia, sino que la referencia a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad suponen el empleo por parte del autor de alguna clase de artificio orientado a burlar los controles legales establecidos en el ámbito de la inmigración, o con carácter general del tránsito de personas de unos países a otros. En este sentido la STS n.º 147/2005, de 15 de febrero. Pero ha de tratarse de una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.

Desde la perspectiva relacionada con el bien jurídico, aun cuando se entienda, como hace un sector doctrinal, que el delito trata de proteger el control sobre los flujos migratorios, su ubicación sistemática en un nuevo Título XV bis bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para ese bien protegido como consecuencia del acto de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina... En consecuencia, la conducta típica del artículo 318 bis no se corresponde mecánicamente con el mero incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extranjería. El referido precepto exige una afectación negativa relevante, actual o seriamente probable, de los derechos del ciudadano extranjero. (STS n.º 1465/2005)...».

En cualquiera de los casos, decíamos en la STS n.º 1087/2006, «no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (art. 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable».

Respecto del tráfico ilegal, ha venido entendiéndose cualquier movimiento de personas extranjeras que trate de burlar la legislación española sobre inmigración

(STS 284/2006, de 6 de marzo). Varias sentencias de esta Sala se han pronunciado sobre el particular, destacando los aspectos formales relacionados con la ilegalidad, aunque sin excluir la exigencia de algún factor de riesgo para los derechos del ciudadano extranjero afectado, elemento que en la mayoría de los casos se extrae sin dificultad de la situación en la que las personas sujetos pasivos de la conducta son trasladadas por quienes se aprovechan de su situación.

Tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, la previsión del artículo 318 bis 1, aquí examinada, coexiste, en lo que aquí interesa, con otras dos previsiones incluidas bajo la rúbrica del Título XV, dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores. La primera, en el artículo 312.1, que sanciona a quienes trafiquen de manera ilegal con mano de obra. Y, la segunda, en el artículo 313, que sanciona al que determinare o favoreciere la emigración de una persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, conducta ya prevista con anterioridad en el número segundo de dicho artículo en su redacción anterior a la referida Ley Orgánica.

De esta forma, los derechos de los trabajadores quedan protegidos por esos dos tipos delictivos, mientras que los que corresponden a los ciudadanos extranjeros se contemplan en el artículo 318 bis. A estos efectos no deben ser confundidos o equiparados el tráfico ilegal de mano de obra del artículo 312 y el tráfico ilegal de personas que aparece en el artículo 318 bis, aunque la expresión legal sea coincidente. El primero, generalmente concretado en la cesión de trabajadores o en la colocación ilegal de los mismos, se dirige a proteger los derechos de los trabajadores como tales, y se encuentra castigado con una pena comprendida entre dos y cinco años de prisión. Pena inferior a la comprendida entre cuatro y ocho años de prisión contemplada en el artículo 318 bis, precepto, como se ha dicho, orientado a proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros, en cuanto personas, especialmente los referidos a su dignidad, libertad y seguridad, que pueden ser restringidos o ignorados cuando se encuentran en movimientos de tipo migratorio o similares desde, en tránsito o con destino a España o, ya en la actualidad, a otro país de la Unión Europea, y son colocados generalmente por grupos de tipo mafioso, en situaciones de irregularidad administrativa en materia de extranjería en los países por los que transitan o a los que son conducidos.

El nuevo supuesto de hecho del tipo penal, que en su modalidad básica no exige engaño ni forzamiento de la voluntad del inmigrante, pero que castiga comportamientos no siempre ocultos ni clandestinos, también conlleva el riesgo de desbordar la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, obviando la necesaria diferenciación entre las respuestas penales y no penales. Lo que exige de la Jurisdicción una necesaria corrección del exceso verbal del tipo que deje fuera del ámbito penal conductas que, pese a contravenir la letra de la ley, no puede, por coherencia del sistema y exigencia de los principios penales legalizados, ser consideradas delictivas.

Por un lado no cabe olvidar que el tipo penal se enmarca en una rúbrica que dice tipificar comportamientos «contra los derechos de los extranjeros», y éstos no coinciden necesariamente con los subyacentes a la regulación del flujo migratorio. De ahí que se haya dicho con buen tino que el extranjero es en el tipo penal más que víctima, —como sugiere la citada rúbrica— objeto de la infracción.

La recepción de la voluntad de la Unión Europea (Directiva 2002/90/CE y 2008/115/CE) no puede hacer idénticas la respuesta administrativa y la penal. Así lo recordaba incluso el Parlamento Europeo en su Resolución de 22 de mayo de 2012 al advertir de la naturaleza de intervención última, y mínima, de la sanción penal.

De ahí que no toda infracción legal, determinante de sanción administrativa, puede considerarse delictiva. Como ocurre con las denominadas infracciones leves del artículo 52 de la Ley Orgánica reguladora de extranjería. A modo de ejemplo la

consistente en: Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular. O La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico.

Como tampoco debe considerarse delictivo todo comportamiento susceptible de ser tipificado como infracción administrativa grave. A título de ejemplo Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

Este deslinde de la infracción administrativa respecto de la delictiva aparece así, no en el Código Penal, pero sí en la legislación administrativa: Como en el caso que acabamos de citar, o en determinadas infracciones tenidas administrativamente por muy graves: artículo 54 1, b), c) o f).

Curiosamente la ley sanciona (art. 53.1 g) como infracción leve la «salida» de territorio español por puestos no habilitados, sin documentación o incumpliendo prohibiciones. Pero no prevé como infracción la «entrada» con esas mismas circunstancias. Sin embargo era doctrina jurisprudencial a partir de un acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda que: el facilitar un billete de avión a personas que carecen de permiso de trabajo permitiéndolas pasar por turistas, es una inmigración clandestina (Acuerdo de 13 de julio de 2005). En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (S. 28 de septiembre de 2005; 19 de enero de 2006) y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España (S.^a 12 de diciembre de 2005); del mismo modo las SS. 19 de enero de 2006, 6 de marzo de 2006 y 10 de noviembre de 2006 declaran que es tráfico ilegal la entrada como turista con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación. (STS 167/2015 de 24 de marzo; 298/2015 de 13 de mayo).

Tras la reforma de 2015 la acusación que impute el delito del artículo 318 bis 1 del Código Penal habrá de identificar, no solamente la conducta probada, sino la concreta infracción administrativa y la razón por la que ésta adquiere relevancia penal más allá de una antijuridicidad meramente administrativa. Solamente ante tal completa identificación del título de condena cabrá ejercitar una adecuada defensa.

El Ministerio Fiscal acusó bajo el título de condena del artículo 318 bis, excluyendo la imputación del delito del artículo 313. 1, conforme a las redacciones existentes al tiempo de los hechos que fue anterior a la vigencia de la Ley Orgánica 5/2010).

Y, tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015, mantiene como título de condena la norma del artículo 318 bis) 1 en su nueva redacción, manteniendo la exclusión del artículo 313, en cualquiera de sus redacciones.

(...) Sin necesidad de oír al reo, si la nueva norma no incluye como supuesto típico el hecho tal como es descrito en la sentencia de instancia, resulta más favorable y a ella hemos de atenernos.

El hecho probado declara que el recurrente ofreció a determinados ciudadanos chinos «emigrar a territorio español» con ciertas condiciones configuradoras de la relación de trabajo que, ya en España les vincularía. En el caso de algunos de ellos el recurrente, valiéndose de su amistad con otro coacusado (D. Raimundo), logró de éste

sendas ofertas y contratos simulados, junto con correspondientes altas en la seguridad Social. La simulación consistiría en que figuraba como ofertante y empleador el amigo y no el recurrente, cuando el trabajo del inmigrante se desempeñaría realmente para dicho recurrente

No se nos explica en la sentencia, ni en el recurso, cuál sería el agravio que en el orden de la situación laboral de los inmigrantes pasarían a sufrir éstos por no hacer figurar al recurrente en vez de a su amigo como ofertante de empleo y empleador, además de contribuyente a la seguridad social. La sanción que origine la situación laboral a que fueron sometidos aquellos inmigrante será objeto de posterior consideración como lo fue de separada imposición en la sentencia de instancia al amparo del artículo 311 del Código Penal.

Desde luego, valorar ese mismo elemento como determinante de la tipicidad del artículo 318 bis, para justificar la lesión de los derechos de tales ciudadanos extranjeros, implicaría una proscrita doble sanción de «lo mismo». Y, en todo caso, resulta necesario dilucidar si aquella falta a la verdad, en el texto de las ofertas y contratos presentados, tiene la relevancia penal que impida su consideración como mera infracción administrativa.

Dice la sentencia que lo que movió a los acusados a esa simulación era obtener un permiso gubernativo de residencia y otro de trabajo, evitando las sospechas de la Administración dado el elevado flujo migratorio de ciudadanos chinos (compatriotas de los acusados).

Lo que no nos dice la sentencia, ni el Ministerio Fiscal en su recurso, es qué sea lo eventualmente sospechable, la relación con ello de la persistencia de una misma persona como ofertante de empleo y empleador y la funcionalidad de la simulación para conjurar el riesgo de obtención de aquellos permisos administrativos

Mucho menos se detienen la sentencia o el Ministerio Fiscal en tipificar la concreta infracción administrativa cometida por la falta a la verdad en los documentos presentados ante la Administración en lo relativo a la identidad del empleador real. Tanto más exigible tal precisión, dentro de la genérica falta de licitud por no veraz, cuanto que, como veremos, aquella falta a la verdad no constituye el delito de falsedad que se imputa.

No satisface la exigencia de concreción a que nos referimos la invocación del artículo 25 de la ley de extranjería: 1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Y ello porque de tal hecho no se deriva la vulnerabilidad de los inmigrantes. El propio Ministerio Fiscal acaba remitiendo a otro hecho para justificar la afirmación de tal vulnerabilidad: la retención por el acusado de los pasaportes de los inmigrantes. Pero eso es ajeno al delito de inmigración que estudiamos ahora. Y, por otro lado, porque sigue sin identificarse cuál sería la infracción administrativa, a elevar a infracción penal, que la infracción del citado precepto (art. 25) originaría de entre las enumeradas en los artículos 51 y siguientes de la misma ley de extranjería.

Por ello concluimos que, tras la reforma operada en el texto del artículo 318 bis del Código Penal por Ley Orgánica 1/2015, no cabe calificar los hechos probados como constitutivos de dicha infracción.

(STS 646/2015, de 20 de octubre)

ARTÍCULO 325 CP

Delito contra el medio ambiente. Exigencias típicas. Ruidos insopportables para el vecindario. La exposición prolongada a un alto nivel acústico produce en las personas patologías similares a las detectadas en los perjudicados (hipertensión arterial, cansancio, trastornos ansiosos depresivos, hipoacusia neurosensorial bilateral, arritmia cardíaca, etc.). No es necesaria la causación de daño físico o material, bastando la posibilidad de producirlo: peligro potencial. En cualquier caso el daño moral es indemnizable.

De entrada debemos afirmar que la acusada no pone en entredicho que los hechos resulten subsumibles en el artículo 325 CP, sino solo se afectaría a los daños morales, y ello es así por cuanto tratándose del tipo previsto en el artículo 325 que constituye un delito de peligro potencial, no es necesario que los insopportables ruidos hubieran ocasionado un daño real y efectivo en la salud de los afectados, ya que el delito se consuma con la infracción de las normas protectoras del medio ambiente con afectación potencial del mismo, surgiendo la cualificación si el riesgo de grave perjuicio pudiera repercutir en la salud de las personas, como es el caso.

Ante el propósito inequívoco de la recurrente de negar cualquier relación de causalidad entre el nivel de ruido soportado por los querellantes y los problemas físicos detectados, lo único que se acredita para justificar la indemnización por daños morales es que la exposición prolongada a un alto nivel acústico produce en las personas patologías idénticas o similares a las padecidas por los afectados, según los hechos probados (hipertensión arterial, cansancio, trastornos ansiosos depresivos, hipoacusia neurosensorial bilateral, arritmia cardíaca, etc.).

El médico forense, desconocedor de la situación previa de los ofendidos, no puede establecer con un absoluto rigor que los padecimientos físicos sean todos ellos causa directa del excesivo ruido, lo que no impide que aunque tuvieran previamente tales patologías, la exposición prolongada a ruidos los agravara. En cualquier caso la indemnización del daño moral, efecto de la conducta típica está justificado y resultaba obligado establecerlo por el Tribunal al ser interesado por el M.º Fiscal y la acusación particular.

Item más el dictamen pericial no niega de forma categórica la relación de causalidad entre la perturbación acústica soportada y los daños físicos (relación entre el agente causal y patología detectada), ya que figurando en autos las historias clínicas de los afectados, en las mismas no aparece que éstas presentasen con anterioridad a los hechos enjuiciados ninguno de los problemas en su salud que a raíz de los mismos se le ocasionaron.

En cualquier caso quedó acreditado por el dictamen que ambos estuvieron expuestos por un período prolongado a una contaminación acústica superior al nivel permitido y susceptible de ocasionar daños en las personas.

(STS 557/2015, de 6 de octubre)

ARTÍCULOS 325 CP

Delito contra el medio ambiente: emisiones atmosféricas que dañan la capa de ozono: El dolo eventual colma las exigencias culpabilísticas del artículo 325 CP. Gravedad del riesgo para el ecosistema derivada de la persistencia en el tiempo de las emisiones y su volumen global. Subtipo agravado derivado de la clandestinidad de la industria: fundamento. Es delito especial. No es apreciable en una actividad empresarial que cuenta con autorizaciones administrativas aunque se haya desviado de sus términos y de su estricto ámbito. La atenuación derivada de la reparación (artículo 339 CP) no es en principio comunicable a todos los partícipes. Solo beneficia por regla general al que efectúa la acción reparadora. Responsabilidad civil en los delitos contra el medio ambiente: los títulos de condena a una indemnización como consecuencia de una actividad delictiva no consienten la fijación de indemnizaciones simbólicas, en el sentido de no ser estrictamente compensatorias, y venir referidas a la colectividad en general y no vinculadas a unos daños concretos causados a una persona, física o jurídica, identificable.

En efecto el tipo del artículo 325 CP: 1995 (STS 1527/2002 de 24.9), requiere la comisión dolosa en la producción del vertido, para lo que deberá acreditarse bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación. Esa acreditación, como todo elemento subjetivo, deberá resultar de una prueba directa o ser inferida de los elementos objetivos acreditados que permita afirmar la comisión dolosa del vertido. La contaminación por vertidos (STS 1538/2002, 24 de septiembre) no requiere una específica construcción dolosa, sino la genérica del dolo, esto es, conocimiento de los elementos típicos y la voluntad de su realización, expresiones que se reflejan en el hecho probado.

Esta Sala ha rechazado la calificación imprudente cuando se está en presencia de un profesional, conocedor de la carga tóxica transportada, de la necesidad de autorización administrativa, de su procedencia y de la gran cantidad de aquella (STS 442/2000, 13 de marzo). En estas situaciones si bien no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades y, pese a ello, ejecuta la acción.

En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (STS 388/2003, 1 de abril).

En consecuencia, el dolo no es otra cosa que el conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Por ello será necesario acreditar el conocimiento y voluntad por parte de cada acusado del riesgo inherente al vertido incontrolado de residuos líquidos y tóxicos y, en fin, de la idoneidad de esa situación de riesgo para producir, importantes filtraciones en el suelo, subsuelo y acuífero subterráneo de la zona. Y el

conocimiento de esa situación de riesgo ecológico, de sus potenciales efectos contaminantes en el medio ambiente y, cuando menos, la aceptación de sus irreversibles consecuencias, fluya del juicio histórico».

(...) Tiene razón el recurso cuando argumenta que la caracterización del delito del artículo 325 como delito de peligro hipotético no relaja las exigencias probatorias. Ciertamente: ha de quedar acreditada la idoneidad de las emisiones para afectar a la salud de las personas, aunque no un efectivo y concreto daño. Pero aquella está efectivamente probada mediante los extensos y solventes informes periciales realizados.

Son imaginativos y hábiles y astutos los ejemplos con que se contrargumenta; pero no son asumibles:

a) Por supuesto que la liberación por un particular de los gases de un solo frigorífico no encaja en el delito del artículo 325 CP. ¡Claro que hay escalas de gravedad! Pero en los daños acumulativos que afectan al medio ambiente el hecho de que determinadas contribuciones por su nimiedad no colmen las exigencias típicas no excluye que otras similares persistentes y de mayor volumen sí puedan cubrirlas. Verter en una ocasión aguas domésticas con detergentes nocivos en un cauce fluvial no conforma un delito contra el medio ambiente. Pero unos vertidos industriales masivos o persistentes en el tiempo de esas mismas aguas contaminantes sí serán incardinables en el artículo 325 CP.

b) Por iguales razones el hecho de que estén autorizados y avalados legalmente determinados cupos de liberación de esos gases con efecto invernadero y que la política global se encamine hacia una reducción progresiva compatible con una relativa tolerancia en relación con algunas actividades, no es decisivo.

La tolerancia hasta diciembre de 2019 no significa que hasta esa fecha está descartada la posibilidad de considerar delictivas esas emisiones. Esto es obvio. Es un problema de sacrificio de intereses ponderados por el legislador. Es el legislador y en su caso otros poderes públicos quienes están llamados a determinar qué es lo admisible y en qué condiciones. Fuera de esos espacios marcados normativamente, se entra en la ilicitud, en su caso penal. Es una cuestión de riesgos permitidos. El agujero de ozono y sus efectos de calentamiento global ciertamente solo se explican partiendo de una pluralidad indeterminada de emisiones. Muchas se mueven en espacios de riesgo permitido. Pero donde la norma protectora del medio ambiente levanta barreras cesa la permisión y se abren las puertas a la intervención sancionadora, también penal eventualmente. El poder legítimo tolera algunas actividades de peligro (uso de vehículos particulares, industria que no sobrepasa ciertos niveles contaminantes) pero prohíbe otros riesgos. Aquéllos no justifican estos. Las decisiones sobre prohibiciones y permisión de riesgos legítimamente adoptadas no enturbian la aplicación del derecho penal. En esa contaminación por acumulación la tolerancia reglada de algunas actividades no legitima las prohibidas.

(...) Entre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) figuran los frigoríficos y otros aparatos enfriadores pues, como señala la Audiencia, utilizan tanto en sus circuitos como en las espumas que los aíslan, gases compuestos por derivados de cloro, que son las principales sustancias agotadoras del ozono [Reglamento CE 2037/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (SAO), y Reglamento CE 1005/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo texto refundido de 16 de septiembre de 2009]; todo ello junto con la existencia de otros gases fluorados, que inciden en el «efecto invernadero» contemplados en el Reglamento 842/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 sobre gases fluorados de efecto invernadero.

Los principales gases refrigerantes usados en el circuito y espumas de frigoríficos son del tipo CFC: R1 «Triclorofluorometano» y R-12 «Diclorofluorometano» y de tipo HFC: R-134 «Tetrafluoroetano».

Si tal norma obliga a la descontaminación y se incumple esa prescripción, es obvio que se ha vulnerado una normativa destinada a tutelar el medio ambiente. Es un sofisma o un juego de palabras valerse de la genérica explicación de la exposición de motivos de la ley para pretender que esa norma no está impidiendo, precisamente al obligar a la descontaminación, la conducta contraria, es decir la liberación de los gases de esos aparatos. Indirectamente por supuesto que incide en las emisiones atmosféricas.

Las políticas globales de reducción progresiva de esas emisiones no convierten en conforme a derecho la conducta. Reducir exige prohibir tajantemente algunas emisiones y tolerar simultáneamente otras que podrían paulatinamente ir disminuyéndose. Las prohibiciones no pierden de manera absurda su fuerza por eso. Hay conductas semejantes –también dañinas– pero toleradas por el ordenamiento por exigencias sociales. Esas no son delictivas, pero no porque no causen daño al medio ambiente (lesividad) sino porque cuentan con respaldo administrativo y legal en virtud de decisiones políticas y normativas que valoran pros y contras. Cuando no se cuenta con esa autorización, el tipo penal despliega toda su eficacia.

(...) Se niega que exista grave perjuicio para la salud de las personas.

Debe aclararse antes que nada que no es necesario un deterioro irreversible para colmar las exigencias del tipo básico. Ese resultado solo es elemento de uno de los subtipos agravados del artículo 326 CP. El recurrente mezcla en su argumentación ambos planos (SSTS 722/2009, de 1 de julio de 2009 o 96/2002, de 30 de enero).

La hipotética recuperación de la capa de ozono permitiría, en su caso, (es inútil a los efectos de resolución de este asunto indagar sobre eso) excluir el subtipo agravado, pero no el básico que es el aquí apreciado y que no requiere irreversibilidad.

El argumento basado en el ilícito por efectos acumulativos no es de recibo. Por esa vía el delito contra el medio ambiente perdería casi totalmente su operatividad: cuantos más infractores surgiesen paradójicamente menos responsabilidades serían exigibles. La persistencia en la actividad según razona bien la sentencia de instancia (fundamento de derecho primero, apartado 2.b) justifica la «gravedad» correctamente apreciada. Nada puede añadirse a la clara y persuasiva argumentación de la Audiencia que se hace eco de las contundentes conclusiones del informe pericial después de un magnífico estudio y explicación de la naturaleza del delito medio ambiental como delito de peligro hipotético.

La STS 96/2002, de 30 de enero es uno de los variados referentes jurisprudenciales sobre este concreto punto: «La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero). La valoración que hace el Tribunal *a quo* de las pruebas practicadas es inmune, como tantas veces ha declarado esta Sala, a su revisión en sede casacional en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional apreciación, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del cauce casacional utilizado.

Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP –y antes el 347 bis– habrá que acudir, como dijo la citada Sentencia 105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Los hechos son subsumibles en el artículo 325 del CP como postula el Ministerio Fiscal al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos. Su argumento esencial es asumido por esta Sala. Se funda en las siguientes razones: 1.º) En la intencionada realización por parte de los acusados de un depósito y vertido de los 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables. 2.º) Esa acción anterior se materializa en un lugar no autorizado, vulnerando la normativa administrativa más elemental de protección del medio ambiente que prohíbe tajantemente el abandono incontrolado de aquellos residuos tóxicos y peligrosos, y 3.º) Se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante. No nos encontramos ante el tipo de gravedad máxima previsto en el apartado e) del artículo 326 del Código penal que contempla el tipo agravado para aquellos actos contaminantes que hayan producido un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

(...) Se tilda de insuficiente a la motivación de la sentencia (art. 852 en relación con artículo 24.1).

La queja es infundada

a) se protesta por tratarse de la primera sentencia condenatoria por emisiones con efecto invernadero.

¿Y?

Este monosilábico interrogante desmonta el argumento. En toda modalidad delictiva habrá siempre una primera vez. Si no, sería imposible que hubiese segundas o terceras, o sucesivas condenas.

b) Parece preguntar por qué se les condena a ellos cuando es de suponer que habría otros muchos intervinientes o posibles autores de conductas similares y por tanto eventuales delincuentes.

El argumento es un sofisma: fuera de la legalidad no cabe invocar un derecho a la igualdad. c) Se vuelve al tema de si el pago de unos cánones junto a la pertinente autorización (derecho de emisión) conforme a determinada legislación actuaría como causa excluyente de la responsabilidad penal. Así es. Se contaría con una eximente; o, si se prefiere, estaríamos ante un elemento negativo del tipo. No es momento de adentrarse en el debate sobre su categorización dogmática. Las emisiones autorizadas no son típicas. Lo pueden ser las no autorizadas como las aquí enjuiciadas.

¿Es eso arbitrario? Lo sería no está concreta condena, sino en su caso la política emprendida. No es un Tribunal el lugar adecuado para debatir sobre eso. En la distribución de riesgos permitidos y riesgos prohibidos tanto en esta como en otras materias los poderes públicos efectúan una ponderación atendiendo a diversos factores. En ese marco ha de moverse el ciudadano y el juzgador al aplicar la legislación.

(...) El motivo final de estas recurrentes se queja por la fijación de la indemnización. El delito contra el medio ambiente no llevaría aparejada responsabilidad civil.

No puede aceptarse sin más ese planteamiento. Pese a ser un delito de riesgo cabe apreciar en algunos supuestos daños indemnizables. Aquí se ha apreciado un daño potencial cuantificado de forma razonable y con una motivación expresa en absoluto arbitraria sobre las pautas a seguir para fijar la cuantía a abonar que se basa en unos informes periciales.

Pese a ello no le falta razón a las entidades recurrentes.

Ciertamente en el hecho probado se declara causado un daño ambiental. Pero de la remisión al informe pericial y a los criterios de cuantificación –valor de mercado de

los derechos de emisión de CO₂ y otros gases de efecto invernadero– se infiere que no estamos propiamente ante un daño concreto indemnizable a perjudicados específicos, sino más bien ante la lesión potencial o hipotética de un interés difuso y colectivo que se trata de evaluar de manera imperfecta a través de un método homologable a alguna *condictio*. Se evita con ello que la lesión ambiental ocasionada redunde en beneficio del infractor, ni siquiera a través de un mecanismo de ahorro.

¿Es esa responsabilidad civil nacida del delito encajable en alguno de los títulos contenidos en los artículos 109 y ss. CP? Esa es la pregunta que hemos de contestar.

Cuando del delito contra el medio ambiente se derivan perjuicios cuantificables ocasionados en bienes de titularidad concreta (ora pública, ora privada), la infracción llevará aparejada indefectiblemente una indemnización, siempre substitutiva de la reparación que es la medida preferente (artículo 339 CP), en favor de los concretos titulares damnificados identificables.

Es remedio prioritario la reparación (entendida como restauración o reposición al estado anterior) a costa del infractor. A esa medida se refiere concretamente el artículo 339 CP (tutela reintegradora), acogiendo el más reciente estándar en materia de medio ambiente: –el que contamina, restaura–, que ha desplazado a un segundo plano al clásico el que contamina paga.

Cuando no es posible la reposición al anterior estado de cosas ni se detectan daños singularizables y afectantes a sujetos jurídicos identificables, y no meramente los difusos y colectivos daños asociables a todo delito contra el medio ambiente deformaría el instituto de la responsabilidad civil la búsqueda de un subrogado más o menos simbólico. Se desnaturaliza la esencia de la responsabilidad civil y en particular de su vertiente indemnizatoria regulada en el CP. El pago de una indemnización cuantificada de forma más o menos razonable –lo que debiera haberse abonado en caso de estar autorizadas esas emisiones– a una Administración Autonómica y en concreto a uno de sus departamentos, aquél en que se concentran sus competencias en materia de medio ambiente, es solución imaginativa, sensata, razonable, con sentido... pero no acoplable a los contornos definidos de la institución de la responsabilidad civil nacida de delito desarrollada en los artículos 109 y ss. CP y cuya naturaleza, fundamento y principios son esencialmente idénticos a la regulada en el Código Civil (*vid.* sus artículos 1092, 1093 y 1902 y ss.). La indemnización contemplada en esos preceptos tiene función compensatoria y no sancionadora, ni de restitución de un enriquecimiento (o ahorro) injusto.

Muchos delitos de riesgo ocasionan daños difusos o poco concretables o presumibles o indirectos y futuribles, no exactamente cuantificables y afectantes no a personas o instituciones, sino a la sociedad en general. Por acudir a un socorrido ejemplo, de los delitos contra la salud pública de los artículos 368 y ss. CP derivarán efectos en las condiciones físicas y psíquicas de personas indeterminadas, gastos en el sistema sanitario, deterioro en las condiciones de algunos trabajadores: la actividad ilegal de tráfico de drogas acarrea daños sociales a veces con una traducción económica clara e innegable –aunque sea difícilmente cuantificable–. Pero no se incluye en la responsabilidad civil nacida de delito, ni siquiera a través de un bienintencionado estiramiento del concepto de restitución, la «reparación» o la indemnización de esos daños, tan reales como no singularizables. No sería adecuada la fórmula de establecer una indemnización en beneficio de los servicios de salud a través de ecuaciones más o menos justificadas ensayando cifras aproximativas a los daños que causa determinada cantidad de droga consumida por una población; o los gastos que ha de invertir el Estado en atender adicciones a sustancias estupefacientes: estaríamos desbordando lo que es la responsabilidad civil nacida de delito.

Igualmente en otras infracciones se detecta un ahorro derivado de la actividad delictiva que precisamente por ser delictiva, se desarrolla de manera oculta y clandestina (no en el sentido del artículo 326 CP). Quien edifica en zonas protegidas no solicita lógicamente licencia. Además de cometer un delito contra la ordenación del territorio se ahorra esos costes. Quien posee un arma sin la preceptiva licencia tampoco abona las tasas ligadas a esa autorización administrativa. No se acuerda en esos casos como responsabilidad civil que el detentador del arma o el constructor paguen lo que debieran haber abonado a la Administración en concepto de tasas o similares.

Estas ideas no excluyen la posibilidad de especiales mecanismos jurídicos con esos fines; pero han de estar expresamente previstos. En concreto:

a) Un principio de política criminal básico es conseguir que el delito no sea nunca rentable. Está afirmado en múltiples convenios internacionales de materias muy dispares. Para alcanzar esa finalidad el ordenamiento penal dispone de algunas herramientas; especialmente el decomiso. También, la pena de multa, tanto proporcional como impuesta por el sistema de días-multa obedece de manera indirecta a ese objetivo. Las penalidades conjuntas que incluyen una pena privativa de libertad junto a la pena de multa vienen basadas a veces en esa idea. Esa pena pecuniaria conjunta está presente en el delito medioambiental.

b) Alguna legislación específica prevé fórmulas para revertir lo recaudado a través de esas penas (decomiso y multa) precisamente en la prevención de la concreta actividad delictiva y en los gastos con que han de cargar las Administraciones y asociaciones del tejido social para hacer frente a los daños anudados a ella: el narcotráfico proporciona el ejemplo paradigmático de esta atinada medida de política criminal.

c) En otros campos hay mecanismos asimilables al enriquecimiento injusto o una *condictio* por intromisión que se activarán cuando están expresamente previstos en una norma. Los delitos contra la propiedad intelectual (por remisión a su legislación especial donde se identifican algunos mecanismos indemnizatorios de ese tipo) o legislación de patentes o los delitos contra el honor (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982 como ha venido a resaltar la reforma de tal materia llevada a cabo por la LO 10/2010) ofrecen ejemplos de ello. De no existir esas previsiones expresas la responsabilidad civil no alcanzaría a esos conceptos.

En materia de delitos contra el medio ambiente la previsión del artículo 339 CP cubre la reparación específica como modalidad de responsabilidad civil, pero no admite fórmulas como la aquí utilizada por la sentencia al rebufo de la acusación pública. La pena de multa que acompaña a la privativa de libertad en estas infracciones es el instrumento que sirve al objetivo de fondo. De hecho aquí la indemnización acordada en realidad no está cumpliendo con su lógica y natural función resarcitoria. Parece obedecer más bien a una encubierta finalidad sancionadora en parte y en parte paliativa de un hipotético enriquecimiento injusto (no ha pagado los derechos de emisión). Esas funciones ya son cubiertas por las penas que se imponen (una de ellas, pecuniaria) sin que sea lógico superponer repercusiones económicas adicionales.

Este discurso no priva de valor al abono efectuado por uno de los condenados con carácter previo al juicio oral que ha justificado la apreciación de una atenuante de reparación. La reparación como causa de atenuación, en su caso la específica del artículo 340 CP, puede tener esa configuración más bien simbólica y no reconducible a las fórmulas más rígidas y estrictas del artículo 110 CP. Por tanto aunque la infracción contra el medio ambiente concreta no lleve anudada indemnización, caben mecanismos como el aquí articulado a través de un abono voluntario expresivo de una real operativa y eficaz voluntad de reparación que abre el paso a la atenuación correctamente apreciada (*actus contrarius*: también, v.gr. aportaciones económicas a

ONGS, que tratan la adicción podrán dar vida a una atenuante del artículo 21.5 en los delitos contra la salud pública).

(STS 521/2015, de 13 de octubre)

ARTÍCULO 325 CP

Delito contra el medio ambiente. Contaminación acústica: El recurrente denuncia la indebida aplicación de los artículos 325, 147.1 y 77 del CP.

Declara nuestra jurisprudencia –STS 410/2013, de 13 de Mayo– que el tipo penal del artículo 325 del CP tiene una estructura compleja, en la que, sobre la premisa de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, se produce la emisión de un vertido, en este caso, la causación de un ruido. Hay, por lo tanto, una acción infractora del ordenamiento y causal a la producción del ruido que supera el límite de lo permitido. La tipicidad del delito exige, además que el ruido sea valorado como gravemente perjudicial y en su conformación hemos de acudir, dijimos en la STS 152/2012, de 2 de Marzo, a criterios no sólo normativos, derivados de su acomodación a la norma que la regula, sino también de la afectación a las condiciones medioambientales y, en su caso, a las circunstancias personales del afectado por la emisión.

La STC de 23 de Febrero de 2004, al abordar un supuesto de contaminación acústica ya advertía de que el ruido, como mal que debe ser objeto de sanción no solo la de afectar a un sujeto individual, o a varios, sino que afecta, perturbándolo, a la calidad de vida de los ciudadanos. Es por ello que la calificación penal de acto de contaminación no requiere una modificación de la sanidad física del perjudicado sino que la gravedad se rellena mediante la perturbación grave de las condiciones de calidad de vida, sin perjuicio de que si concurre la perturbación en la salud física o psíquica, concurre con un delito de lesiones, como en el caso enjuiciado.

Que el ruido es un factor patógeno es algo fuera de duda, que el tipo del artículo 325 es norma en blanco cuya técnica ha sido declarada admisible constitucionalmente por no atentar al principio de taxatividad penal, aunque es técnica que debe ser aceptada con prudencia, es afirmación aceptada por la comunidad jurídica habiéndose admitido por el Tribunal Constitucional, entre otras, la STC 219/89 «... si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifican las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos u omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el artículo 25-1.º (de la Constitución) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su conexión sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicas o de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con la suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada...».

Hoy día el Medio Ambiente es un concepto que abarca y se integra por un abanico de derechos fundamentales de los que la contaminación acústica constituye un ataque contra aquél. En tal sentido, se pueden citar como referentes normativos desde la Directiva 2002/49 C. E. de 25 de Junio de 2002 sobre la Evaluación y Gestión del medioambiental a la Ley 37/2003, de 17 de Noviembre –Ley del Ruido–.

Como precedentes jurisprudenciales se pueden citar, entre las primeras tres sentencias del TEDH, las sentencias de 9 de Diciembre de 1994, caso López Ostra vs

España, 19 de Febrero de 1998, caso Guerra vs Italia y 2 de Octubre de 2001, caso Hatton vs Reino Unido.

En esta última sentencia se relaciona el ruido como agente agresor de la intimidad domiciliaria. También del Tribunal Constitucional se pueden citar las SSTC 119/2001, de 24 de Mayo; 16/2004, de 23 de Febrero, y 25/2004, de 26 de Febrero. De esta Sala, citaremos solamente por su importancia la STS 52/2003, de 24 de Febrero. En esta sentencia se dice en relación al artículo 325 del CP que es el aplicado en la sentencia sometida al presente casacional que:

- a) El tipo del artículo 325 es una norma en blanco que exige su integración con las disposiciones normativas o reglamentarias aplicables al caso concreto, como aquí ocurrió.
- b) Que sin duda el ruido forma parte del concepto de contaminación medioambiental y así expresamente se recoge en el artículo 325 del CP.
- c) Que el artículo 325 define un delito de peligro en abstracto en la doble modalidad del tipo básico «... que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales...», así como el tipo agravado «... si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas...».

Más recientemente, pueden citarse también las SSTS 89/2013, de 11 de Febrero, y 713/2014 que han reiterado la misma doctrina, concretando la primera de las citadas que se está ante un delito que sanciona una conducta global, compuesta por una pluralidad/reiteración de acciones, por lo que se ha rechazado la tesis de la continuidad delictiva para este delito –en idéntico sentido, SSTS de 2 de Noviembre de 2004; 19 de Octubre de 2006 y 13 de Febrero de 2008.

En definitiva, la protección del medio ambiente a través de la interdicción del ruido es un bien jurídico que queda enmarcado en el ataque a los derechos fundamentales como el derecho a la salud y a la intimidad personal y familiar y que ya ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad. En relación al elemento subjetivo del injusto éste se integra por el conocimiento para el responsable del riesgo creado por su conducta activa y pasiva, que puede ir desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo eventual según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa situación de peligro.

La declaración de los hechos probados, en cuanto se reflejan las mediciones y la incidencia en la salud de los perjudicados, generan la gravedad que exige el tipo penal aplicado –artículo 325 del CP– y las lesiones padecidas, por lo que el motivo no puede prosperar.

Finalmente, pero no en último lugar, hay que decir que el motivo incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación en la medida que el presupuesto de admisión de este cauce casacional es el respeto al *factum*, a los hechos probados, que alguna antigua jurisprudencia de esta Sala califica como «respeto reverencial» –SSTS de 17 de Diciembre de 1996; 30 de Noviembre de 1998; 956/2009 y 914/2010, entre otras–.

(STS 244/2015, de 22 de abril)

ARTÍCULO 392 CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 390.1.2 CP

Falsedad documental: El recurrente considera el motivo que la falsedad realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial o mercantil, solo podrá considerarse como una falsedad en documento privado y siendo en el caso presente la acusación por falsedad en documento oficial, no privado, el principio acusatorio impediría la condena del acusado.

Centrándonos en el problema de las fotocopias, la doctrina emanada de la jurisprudencia de esta Sala en relación a las mismas y su falsedad, no ha sido, ni mucho menos, uniforme. Así, en ocasiones se atribuyó a éstos la categoría de documento, puesto que reflejaban una idea que era la misma de otro documento, el original, y si en las fotocopias se llevaban a cabo alteraciones que variaban su sentido debía reputarse contenido el delito de falsedad por la mendacidad plasmada en aquellas (STS. 1.4.91).

Otras veces, la jurisprudencia entendió que es, al menos discutible que una fotocopia pueda tener el carácter de objeto de la acción propia del delito de falsedad documental, considerando que la fotocopia podía ser un elemento adecuado para engañar, pero ello no tendría relevancia, en principio, en relación con el delito de estafa, pero no con el de falsedad, ya que las fotocopias difícilmente podrían cumplir las funciones propias de un documento a efectos del delito de falsedad, es decir, las de perpetuar y probar su contenido y la de garantizar la identidad de quien ha emitido la declaración de voluntad. Básicamente se sostiene que las fotocopias no eran documentos pues, no contienen una declaración de voluntad, dado que sólo constituyen la «foto» de un documento, es decir, la corporización de una declaración de aquellas características (STS 7.10.91).

Asimismo se mantenía que las fotocopias serán sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original y como tal documento puede ser alterado en sus elementos esenciales o aparentar la intervención de personas que no la han tenido. Cuestión distinta es cuando de lo que se acusaba es del delito de falsificación de documento oficial o mercantil, en estos casos la reproducción fotográfica sólo transmite la imagen del documento no su naturaleza jurídica salvo una posterior autenticación. De modo que una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil no podía homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá equipararse en tales supuestos, a un documento privado que la parte obtiene para su uso, sin que pudiera alcanzar el parangón.

de documento público, oficial o mercantil (SSTS 1219/2011, de 21.11, 220/2011, de 29.3, 620/2005, de 11.5), pero si la fotocopia de un documento oficial (o mercantil) se añadían elementos que pueden inducir a error sobre la autenticidad del original, la misma constituye una lesión de la legítima confianza de los ciudadanos en la veracidad de los documentos emanados de una oficina pública. En consecuencia, cuando por las circunstancias subjetivas u objetivas en que la fotocopia se utiliza, esta es idónea para generar plena confianza en su autenticidad, debe ser calificada como fotocopia autenticada y por lo tanto, constituye objeto material idóneo del delito de falsedad. Lo decisivo, en definitiva, será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material cuyo sentido o contenido se manipula o altera (STS 21.1.2005).

En definitiva, la más reciente jurisprudencia respecto al valor de las fotocopias en relación con el delito de falsedad documental, STS 386/2014, de 22.5, distingue los siguientes supuestos:

1.º Las fotocopias de documentos son sin duda documentos en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento original, si bien la naturaleza oficial del documento original no se transmite a la fotocopia, salvo en el caso de que la misma fuese autenticada.

Aunque no quepa descartar en abstracto que la fotocopia pueda ser usada en algún caso para cometer delito de falsedad, lo cierto es que tratándose de documentos oficiales esta caracterización no se transmite a aquella de forma mecánica. Y, por tanto, textos reproducidos carecen en principio y por sí solos de aptitud para acreditar la existencia de una manipulación en el original, que podría existir o no como tal (STS. 25.6.2004).

2.º Por ello una falsedad, en cuanto alteración de la verdad del documento, realizada sobre una fotocopia no autenticada de un documento oficial, público o mercantil, no puede homologarse analógicamente a la falsedad de un documento de la naturaleza que tenga el original, por lo que sólo podrá considerarse como una falsedad en un documento privado (STS 939/2009, de 18.9).

3.º La doctrina anteriormente expuesta es aplicable a los supuestos de falsedad material, es decir cuando la falsedad se lleva a efecto alterando el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (art. 390.1.1 CP).

4.º En el caso de que la falsedad consista en simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (art. 390.1.2º), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Así cuando se utiliza una fotocopia o reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, y disimular la falsedad, la naturaleza a efectos de la tipificación es la del documento que se pretende simular—en este caso documento mercantil u oficial— no la del medio empleado, pues lo que se falsifica no es la fotocopia—mero instrumento— sino el propio documento que se pretende simular (STS 1126/2011, de 2.11).

Igualmente en los casos en que partiendo de un modelo original, se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerlo pasar como si del verdadero documento oficial o mercantil se tratase. No se trata de una fotocopia que se quiere hacer responde al original, sino de crear un documento íntegramente falso para hacerlo pasar por uno original.

Como hemos dicho en SSTS 183/2005, de 18.2, 1126/2011, de 2.11, la confección del documento falso, con vocación de pasar por auténtico, puede efectuarse mediante técnicas diversas, como puede ser, a título meramente enunciativo, no taxativo o cerrado, partiendo de soportes documentales auténticos, mediante confección por imprenta de soportes semejantes o mediante escaneado o digitalización. Medios que resultan indiferentes a los fines de apreciación de la falsedad, ninguna que el resultado induzca a error sobre autenticidad.

No se olvide que en el caso de autos la modalidad falsaria no es la del artículo 390.1 en la que la alteración se produce en el mismo documento oficial, sino la prevenida en el artículo 390.1.2 «simulando un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad», y en este supuesto la naturaleza a efectos de tipificación es la del documento que se pretende simular (documento mercantil) no la del medio empleado.

En el caso presente los documentos manipulados no eran los originales sino unas fotocopias que como tales carecían de eficacia probatoria propia del documento mer-

cantil y de su aptitud para incidir de alguna forma en el tráfico jurídico. No se trata del supuesto en que partiendo de un modelo original se confecciona otro con propósito y finalidad de hacerle pasar por el original, sino que las cartas de pago son entregadas a la perjudicada sin ocultar su carecer, esto es que son fotocopias, si bien con la intención de hacer creer que son fiel reproducción de sus originales. Ello podía integrar el delito de falsedad en documento privado, pero no de documento mercantil de especial protección jurídica, al no cumplir las exigencias del documento mercantil en lo referente a las funciones que debe cumplir el documento para su consideración como tal.

(STS 11/2015, de 29 de enero)

ARTÍCULO 395 CP

Concepto penal de documento mercantil. Falsedades: El recurso ataca el encaje de los hechos en el delito de falsedad en documento mercantil. Se quieren trasladar las conductas falsarias al artículo 395 CP documento privado— tipicidad que quedaría absorbida por la estafa. A diferencia de lo que sucede con la falsedad en documento mercantil cuyo castigo como delito no exige causación de perjuicio alguno; la falsedad en documento privado requiere una vocación de perjudicar por lo que se solapa con la tipicidad de la estafa. En atención a ello, la jurisprudencia, tal y como argumenta el recurrente, considera que estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP) y no de delitos (art. 77 CP).

Es conocida la inexistencia de un concepto legal de documento mercantil lo que ha suplido la jurisprudencia con un análisis casuístico, a veces zigzagueante, del que se hace eco el recurrente.

Sirva de punto de referencia a estos efectos la STS 35/2010, de 4 de febrero:

En efecto es consolidada jurisprudencia que, al analizar el concepto jurídico-penal de documento mercantil, ha declarado ya desde la STS. 8.5.97, seguida por muchas otras, de las que son muestra las SSTS 1148/2004, 171/2006 y 111/2009, que se trata de un concepto amplio, equivalente a todo documento que sea expresión de una operación comercial, plasmado en la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, ya sirva para cancelarlas, ya para acreditar derechos u obligaciones de tal carácter, siendo tales «no solo los expresamente regulados en el Código de Comercio o en las Leyes mercantiles, sino también todos aquellos que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas, criterio éste acompañado, además por un concepto extensivo de lo que sea aquella particular actividad. Como documentos expresamente citados en estas leyes figuran las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos: también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones

gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes (STS 788/2006, de 22.6).

En este sentido la STS 111/2009, de 10.2, con cita en la STS n.º 900/2006, de 22 de septiembre, señala que «son documentos mercantiles los que expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades».

La STS 1209/2003 también declara expresamente esta calificación de las facturas como documentos mercantiles, que se da por supuesta en multitud de otras resoluciones en las que ni siquiera se cuestiona tal calificación. Así e modo genérico la STS 1634/2003 de 16.10 en su caso que trataba justamente la falsedad de facturas que reflejaban operaciones inexistentes».

El Tribunal *a quo* ha considerado que los documentos manipulados de oferta de vehículos en los que constaban datos de una empresa inexistente (folios 131 a 133) así como el recibo también expedido en nombre de esa empresa constituyen documentos mercantiles.

No se trata en efecto de meros folletos publicitarios con datos no ajustados a la realidad, erróneos o exagerados (lo que podría dar vida en su caso, a un delito publicitario como sugiere el recurrente), sino de una concreta oferta irreal que se simula estar realizada por una empresa no constituida en nombre de la cual se expidió luego el recibo en uno de los casos. Aunque podría debatirse la naturaleza de documento mercantil de esa documentación, lo que parece indiscutible es que sí merece tal catalogación el recibo expedido.

Sin embargo en relación al episodio en que aparece como perjudicado Luis Pedro la descripción de la sentencia es lacónica en exceso, hasta el punto de dejar huérfana de fundamento fáctico la segunda condena por falsedad. De entrada no hay entrega de un recibo o factura, como sí sucede en el hecho anterior (pese a lo que aducían las acusaciones). Sólo se habla de una página ficticia que según aparece en declaración del perjudicado se le remitió por correo electrónico. No se indica si se hablaba en nombre de una empresa, real o inexistente, ni de otros contenidos que permitan perfilar un documento mercantil.

(STS 135/2015, de 17 de febrero)

ARTÍCULO 498 CP

Delito contra las instituciones del Estado. Elementos del tipo. Voto particular: se denuncia infracción de ley, error de derecho por la indebida inaplicación de los artículos 498, 550, 551.2 y 77 del CP, error que se extiende a la errónea aplicación de la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del CP. Los hechos, tal y como han sido narrados en el factum, encierran todos los elementos típicos del delito que castiga, entre los ataques contra las instituciones del Estado, a quienes mediante violencia, intimidación o amenazas graves, impidieran a un miembro de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma, asistir a las reuniones propias del órgano o, por los

misimos medios, coartara la libertad de opinión o de emisión de voto de sus integrantes (art. 498 CP). Se estima, asimismo, que los hechos son constitutivos de un delito de atentado, a la vista de la condición de autoridad de los parlamentarios autonómicos sobre los que se ejerció fuerza e intimidación (arts. 24 y 551.2 CP). Estos delitos se encontrarían en una relación de concurso medial

La sentencia de instancia descarta la aplicación del artículo 498 del CP. Y lo hace a partir de un discurso metodológico que se inicia con un intento de delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación y del significado de los piquetes como instrumentos de confrontación frente al poder político (apartados 2.1 y 2.1.1). Le sigue una reflexión sobre los límites a la intervención penal ante conductas relacionadas con el ejercicio de un derecho fundamental (art. 2.1.2).

Los Jueces de instancia que suscriben el criterio mayoritario, antes de resolver acerca del juicio de subsunción, se consideran obligados a definir el alcance de la protección constitucional de los derechos de reunión y manifestación, así como de la libertad de expresión. Y ello como paso previo para justificar la necesidad de admitir excesos en el ejercicio de aquellos derechos que, en el caso concreto, habrían de conducir de forma necesaria a la exclusión de la antijuridicidad de los hechos por los que se formuló acusación. Con una minuciosa cita de la jurisprudencia constitucional y del TEDH, se razona en los siguientes términos: «... en la medida que el conflicto de autos se produjo en ejercicio del derecho de reunión y manifestación, proclamado en el artículo 21 de la Constitución, antes de analizar el ámbito de lo prohibido en esos tipos penales que proponen las acusaciones, que operan como límites externos del derecho fundamental, la cláusula del estado de derecho obliga a determinar el contenido constitucionalmente protegido de los mencionados derechos. Porque es la Constitución la que identifica los bienes jurídicos merecedores de protección penal y la que, por razones de jerarquía normativa, delimita la intervención penal y la aplicación de los tipos definidos por la ley como delitos. Como se ha dicho, no es el derecho penal el que limita los derechos fundamentales, sino la Constitución».

A juicio del Tribunal a quo, el actual régimen de titularidad de los medios de comunicación –privados algunos, públicos otros, pero gestionados con criterios partidistas– conduce a los sectores más marginados a una situación de exclusión social que convierte la reunión y manifestación en el único medio posible a su alcance para poder transmitir sus quejas y reivindicaciones. En palabras de la Audiencia Nacional –según puede leerse en el FJ 2.1–: «... porque la democracia se sustenta en un debate público auténtico, en la crítica a quienes detentan el poder, aunque transitoriamente y sometido a elecciones periódicas, estas libertades que suponen una expresión pública de la ciudadanía deben ser objeto de especial atención y protección. Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que para muchos grupos sociales el derecho de manifestación es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 66/1995, Fj 3). Aparece la cuestión, fundamental en un orden constitucional democrático –donde los derechos limitan a los poderes–, de la posibilidad de las personas de hacerse oír, del acceso ciudadano al espacio público –delimitado y controlado por los medios de comunicación, en manos privadas, o, pocos, de titularidad estatal pero gestionados con criterios partidistas– y de la sistemática marginación de las voces críticas de minorías o de sectores sociales débiles. La realidad pone de manifiesto la invisibilidad de ciertas realidades dramáticas por la dificultad, cuando no, en muchos casos, de la más absoluta imposibilidad de quienes las sufren de acceder a la opinión

pública para difundir y hacer llegar sus proclamas y opiniones. Para muchos sectores sociales la reunión y la manifestación es el único medio por el que expresar y difundir sus pensamientos y opiniones, el único espacio en el que puede ejercer su libertad de palabra. De ahí su importancia en la sociedad democrática».

El pluralismo como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico obliga al Estado a garantizar la visibilidad de las distintas opiniones presentes en la sociedad, sobre todo de las voces silenciadas –más cuando soportan mensajes sobre violaciones graves de derechos humanos básicos– frente a las voces habitualmente sobrerrepresentadas, si se quiere un debate público «sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta» (expresión acuñada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en la época del presidente Warren, en el paradigmático caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, sentencia redactada por el juez Brennan, que recordaba cómo la libertad de expresión, a pesar de excesos y abusos, es esencial en una democracia). Las libertades de reunión y manifestación son expresión de la participación de las personas en la vida común, ponen a prueba la existencia de una auténtica autonomía de la sociedad civil que el aislamiento en la vida privada y la pasividad social, cuando menos, debilita».

La idea de un exceso en el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de expresión, justificado por el actual régimen jurídico de la titularidad de los medios de comunicación, vuelve a hacer acto de presencia en otro de los fragmentos acogidos en el mismo fundamento jurídico: «...en conclusión, la libertad de expresión y el derecho de reunión y manifestación, íntimamente vinculados como cauces de la democracia participativa, gozan de una posición preferente en el orden constitucional, por lo que han de ser objeto de una especial protección y necesitan «de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez ni temor» (STC 110/2000, Fj 5). Cuando los cauces de expresión y de acceso al espacio público se encuentran controlados por medios de comunicación privados, cuando sectores de la sociedad tienen una gran dificultad para hacerse oír o para intervenir en el debate político y social, resulta obligado admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica, como mecanismos de imprescindible contrapeso en una democracia que se sustenta sobre el pluralismo, valor esencial, y que promueve la libre igualdad de personas y grupos para que los derechos sean reales y efectivos, como enuncia la Constitución en su título preliminar».

En otros pasajes del razonamiento que ha llevado a la absolución de los acusados, la Audiencia interpreta y valora el objetivo de la protesta como una defensa de la Constitución frente a lo que etiqueta como su «vaciamiento» originado por las «políticas de austeridad», puestas al servicio de la defensa de la «Constitución formal». Los Magistrados que conforman el voto mayoritario ven en la jornada de protesta que está en el origen de los incidentes enjuiciados, lo que históricamente se ha conocido como una «acción revocatoria de mandatos», como forma de reacción frente a los límites derivados del mandato representativo –no imperativo– sobre el que se articula nuestro sistema democrático. En sus propias palabras: «... el lema de la convocatoria de la manifestación contenía dos mensajes precisos. Quienes protestaban no querían las restricciones económicas de las prestaciones y de los servicios públicos; y quienes adoptaban tales decisiones ya no les representaban. Mensajes directamente relacionados con la Constitución social, que protege los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales (el acceso a la salud, a la enseñanza, a la vivienda y al trabajo, la protección frente al desempleo, la enfermedad y la vejez), y con la Constitución democrática, en la medida que requerían a los representantes políticos, a los diputados, para que respondieran a los intereses generales, a los de la mayoría de la socie-

dad, y cuestionaban la legitimidad de ejercicio de su propia representación. Desde esa perspectiva conviene hacer notar que la protesta suponía la defensa de la Constitución y de sus contenidos básicos. No trataban de cambiar el marco de relaciones jurídico-políticas, sino plantear que se estaba operando un vaciamiento de los derechos fundamentales y hacer resistentes las garantías de los derechos.

Por sus elementos y contenidos, la acción colectiva de protesta se hallaba dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de reunión y manifestación. Estaba dirigida a configurar un espacio público que tuviera en cuenta la voz de los desfavorecidos por las políticas denominadas de austeridad, en defensa de la Constitución formal.

Pero, la leyenda de la convocatoria era problemática, por los términos en que estaba planteada («Aturem el Parlament», Paremos el/al Parlamento) y por los métodos de protesta que se podían emplear para alcanzar tal objetivo. Problemática, también, en una sociedad poco acostumbrada a la reacción frente a las decisiones de los parlamentos y de los representantes políticos de la ciudadanía. Nuestra Constitución no reconoce el mandato imperativo y prohíbe la presentación de peticiones colectivas por medio de manifestaciones (art. 67.2 y 77.1). En alguna medida, la protesta se dirigía al corazón del concepto y del modo de ejercicio de la democracia en nuestros sistemas, porque meses antes –el 28.11.2010– se habían celebrado elecciones en las que, al decir de quienes convocaban la manifestación, los partidos de gobierno, que habían conseguido la mayoría, no habían planteado ni propuesto en sus programas el recorte del gasto social que ahora iban a acometer. La protesta que ejercían moldeaba algo parecido a lo que, bien es cierto que en pocos momentos de la historia de las sociedades, se ha conocido como acción de revocatoria de mandatos, una forma de intervención democrática directa para el control de la representación.

La protesta autorizada ante el Parlament de Catalunya se iba a desarrollar bajo dos formas de acción colectiva. Por un lado, la manifestación frente a la institución donde se iban a tomar determinadas decisiones, mediante la presencia de ciudadanos que querían hacer visible su indignación y oposición a las políticas de recorte del gasto social. De otro lado, la confrontación con los diputados, personalmente, para hacerles llegar el malestar ciudadano y su propia responsabilidad por el voto que iban a emitir».

Concluye el razonamiento que ve en la protesta desarrollada los días 14 y 15 de junio de 2011, ante el Parlament de Catalunya, una legítima expresión de la acción ciudadana encaminada a remover los obstáculos que se opongan a la libertad e igualdad efectivas, con una teorización acerca del significado y la funcionalidad de los piquetes como forma de oposición a determinadas políticas o decisiones de alcance social: «...esa segunda fase de la protesta actualizaba el derecho de reunión en la modalidad de concentración o reunión estática, lo que conocemos como piquete. La figura del piquete, en el contexto de las modalidades de protesta social, significa el establecimiento de un espacio de confrontación física y simbólica entre quienes disienten y las personas a las que se quiere hacer llegar el mensaje (de modo paradigmático los piquetes de extensión de la huelga, que buscan convencer a otros empleados de las buenas razones de la protesta y neutralizar el poder del empresario sobre ellos para influir en que no ingresen en el lugar de trabajo y se unan al conflicto).

Esa forma de acción colectiva supone un enfrentamiento político y moral entre los sujetos. Quienes participan en el piquete plantean una estrategia de oposición frente a ciertas políticas o decisiones, públicas o privadas, y asumen un sacrificio o incomodidad que conlleva la pérdida de salario, en el caso de la huelga, el empleo del tiempo exigido para la protesta, el desplazamiento hasta el lugar, la exposición pública, incluso, el riesgo de ser objeto de persecución policial o de sanción de algún tipo. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de los foros públicos, la especificidad de la conducta del

piquete es su concreta ubicación (a la puerta de la fábrica, del Parlamento o del domicilio de quienes toman las decisiones, en el caso del llamado escrache).

Porque el piquete propone una confrontación personal, física y moral, entre el objetor y el destinatario del requerimiento (el que decide, aquel al que se dirige de modo directo el mensaje de la protesta) el Estado está obligado a intervenir para regular esa modalidad de conflicto. No puede admitirse la supresión de la protesta, pero hay que evitar la intimidación o el hostigamiento, confiriendo una oportunidad razonable al enfrentamiento, como ha dicho el filósofo del derecho Owen Fiss, comentarista de la libertad de expresión y del derecho a la protesta. El poder público ha de intervenir para establecer los límites, incluso físicos, de la confrontación, con la finalidad de proteger el ejercicio del derecho fundamental de reunión y, al tiempo, preservar los legítimos intereses de las partes concernidas. La ley que regula el derecho de reunión y manifestación permite al Estado decidir ese tipo de injerencia, para ordenar una forma de protesta que genera incomodidades y sacrificios. La autoridad gubernativa, cuando concurren razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, tiene la potestad de proponer a los organizadores una modificación en el lugar o itinerario de la manifestación (art. 10 Ley 9/1983).

La línea argumental que anima la sentencia recurrida, concluye con un juicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto que proclama la escasa lesividad de las acciones imputadas a los acusados y, al propio tiempo, la concurrencia de una causa de justificación amparada en el ejercicio legítimo de un derecho, tal y como se establece en el artículo 20.7 del CP. La absolución resulta obligada con el fin —se razona de evitar lo que los Jueces de instancia denominan «el efecto desaliento», cuya extensión podría conducir a desincentivar el dinamismo de los movimientos sociales de protesta: «... es aquí donde la doctrina del efecto desaliento, pauta del juicio de proporcionalidad penal cuando se afectan derechos fundamentales, despliega sus efectos. Porque la sanción penal que no tuviera en cuenta que los acusados cuyos actos analizamos ejercían un derecho fundamental, enviaría un mensaje de desincentivación de la participación democrática directa de los ciudadanos en las cosas comunes y del ejercicio de la crítica política. Porque las acciones que las acusaciones pretenden inculpar consistían en la expresión pública de la crítica a quienes ostentaban en aquel momento la representación popular, por parte de un grupo de personas que se confrontaban con sus parlamentarios —en los términos que la autoridad gubernativa había considerado—, para trasladarles un comunicado de repulsa ante las decisiones que iban adoptar en la sesión plenaria, algo que se integra en el núcleo de la democracia, en el corazón del sistema, en la medida que expresa participación ciudadana directa, libertad de expresión, pluralismo político y acceso al espacio público de las voces de disenso de los desfavorecidos por las políticas públicas de austeridad, es decir, remoción de los obstáculos a la igualdad. La prohibición de exceso aconseja una interpretación estricta del tipo penal ante una acción íntimamente relacionada, por su contenido y fines, con el ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental, dejando fuera de lo prohibido conductas de escasa lesividad, que carecen de la capacidad suficiente como para comprometer el bien jurídico, ya que no tenían idoneidad para impedir a los diputados la asistencia a la reunión del Parlamento o para coartar, siquiera influir, su libertad de opinión o de voto».

C) La Sala no puede identificarse con este discurso. A nuestro juicio la sentencia de instancia incurre en un patente error a la hora de solucionar el conflicto surgido por la convergencia de bienes jurídicos constitucionalmente protegibles. Este error está originado por un llamativo desenfoco acerca del rango axiológico de los valores constitucionales en juego. A él contribuye, sin duda, la cita de precedentes constitucionales descontextualizados que, como efecto inevitable, separa al analista de las

técnicas de balanceo exigidas por nuestro sistema constitucional. Y es que la colisión entre principios y valores constitucionales –en el presente caso, la libertad de expresión y el derecho de reunión colisionaban con el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el órgano legislativo–, no puede ser contemplada como una patológica colisión, sino como una realidad necesitada de un juicio ponderativo que defina el alcance de los derechos en conflicto. Delimitar derechos, precisar su alcance, exige resolver las tensiones derivadas de su respectiva convergencia mediante una dosificación que, en la medida de lo posible, no imponga el sacrificio gratuito de unos frente a otros. La sentencia de instancia, sin embargo, altera las claves constitucionales que ha de presidir la tarea jurisdiccional de ponderación. Y lo hace recurriendo a una errónea y traumática desjerarquización de uno de los derechos convergentes –el derecho constitucional e participación política a través de los legítimos representantes en el órgano legislativo– que, pese al esfuerzo argumental empeñado, se aparta de las claves definitorias de nuestro sistema.

Como ya hemos apuntado, contribuye al equívoco desenlace que anima la sentencia de instancia, una cita de precedentes de la jurisprudencia constitucional que, fuera del contexto que justificó la proclamación de esa doctrina, no pueden servir de pauta ponderativa. Así acontece, por ejemplo, con la alusión a la STC 66/1995, 8 de mayo (FJ 3.º), cuando se invoca como precedente para subrayar la idea de que el ejercicio del derecho de manifestación es, en la práctica, «... uno de los pocos medios de los que [ciudadanos] disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones». Tan cierta como esa afirmación lo es la referencia –de la que también se hace eco la sentencia recurrida– a la finalidad y al lugar de celebración como elementos configuradores del derecho subjetivo de reunión, así como el carácter no absoluto de ese derecho. En palabras del Tribunal Constitucional: «... el derecho de reunión, según ha reiterado este Tribunal, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración– (por todas STC85/1988). También hemos destacado en múltiples Sentencias el relieve fundamental que este derecho «cauce del principio democrático participativo» posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución. Para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, el uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones. (...) No obstante, también hemos tenido ocasión de afirmar que, al igual que los demás derechos fundamentales, el derecho de reunión no es un derecho absoluto o ilimitado. El propio texto constitucional en su artículo 21.2 establece explícitamente, como límite específico al ejercicio de ese derecho fundamental, que ese ejercicio no puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes».

Más allá de la claridad que la cita completa de ese fragmento puede ofrecer desde la perspectiva de lo que el propio Tribunal Constitucional denomina «elementos configuradores» del derecho de reunión, conviene dejar constancia de que el recurso de amparo promovido para reivindicar aquel derecho fundamental nada tenía que ver con la colisión entre el derecho a reunirse y el derecho de participación. En efecto, lo que estaba entonces en juego –y que, por cierto, determinó la desestimación del recurso de amparo– era la queja presentada por la Federación de Banca, Seguros y Oficinas (FEBASO) UGT contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había confirmado una reso-

lución de la Delegación del Gobierno, prohibiendo la concentración prevista por dicho sindicato en la zona de Canalejas, Puerta del Sol, Alcalá, Gran Vía, Cibeles en atención a que la Plaza de Canalejas en aquellas fechas, constituía una zona de elevadísima intensidad media en la circulación de vehículos, reforzada por los cortes de tráfico que por dicha fecha –5 de junio de 1992– se producían por obras en la Carrera de San Jerónimo y zonas adyacentes.

Algo similar sucede con la cita extractada de la STC 110/2000, 5 de mayo, cuando da pie a los Jueces de instancia a recordar que «... la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone «la necesidad de que se deje un amplio espacio», es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor».

Esta Sala se identifica con el recordatorio –proclamado también en numerosos precedentes de nuestra jurisprudencia–, del papel decisivo de la libertad de expresión, sin cuya reforzada vigencia se desmorona el Estado de derecho. Sin embargo, compartir la trascendencia constitucional del derecho reconocido en el artículo 20.1 de la CE no implica aceptar críticamente ese precedente jurisprudencial como fuente inspiradora de una mimética solución para un supuesto en el que la colisión de derechos presenta una singularidad que nada tiene que ver con la que fue entonces objeto de análisis y solución por el Tribunal Constitucional. En efecto, la STC 110/2000, dio respuesta a un recurso de amparo cuyo objeto era totalmente ajeno a la tensión entre los derechos fundamentales que, en el caso que nos ocupa, convergen y se interfieren. Entonces se reaccionaba frente a la condena judicial impuesta a un periodista que había publicado en un periódico regional un artículo de contenido crítico contra un representante político al que denominaba «el Senador rompenidos». Que el conflicto entre la libertad de expresión y el honor personal del recurrente en amparo fuera resuelto a favor del primero de los derechos, forma parte de las reglas ya asentadas jurisprudencialmente para resolver la convergencia entre ambos derechos. Sin embargo, que esas reglas inspiren el desenlace entre las libertades de expresión y reunión y el derecho de participación, habría exigido una argumentación ponderativa singular, de la que no encontramos rastro en la resolución de instancia.

El mismo error metodológico detectamos en la invocación de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, en el caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254, 1964, aludió a la necesidad de aceptar un debate público «sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta», que reafirme la vigencia de la libertad de expresión, a pesar de sus excesos y abusos, como presupuesto de todo sistema democrático.

La Sala ha de coincidir necesariamente con el valor histórico del precedente representado por la sentencia *New York Times Co. v. Sullivan*. Aquella resolución –ponencia del Juez William Brennan– fijó una doctrina que ha venido inspirando otros muchos precedentes de la Corte Suprema Americana (cfr. *Rossenblatt v. Baer* –1964–; *Curtis Publishing Co v. Butts* –1967–; *Associated Press v. Nalker* –1967–; *Time Inc. v. Hill* –1967– o *Rosenbloom v. Metromedia* –1971–. Incluso, buena parte de sus argumentos han servido para la solución por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de reclamaciones frente a la vulneración de la libertad de expresión (cfr. STEDH sentencia 8 de junio de 1986, caso *Lingens*).

Sin embargo, ninguno de esos precedentes ofrece una solución a la colisión de derechos surgida a raíz de los acontecimientos desarrollados los días 14 y 15 de junio de 2011, en los alrededores del Parlament de Catalunya. Lo que constituye su objeto está relacionado con los límites de la libertad de expresión frente a la honorabilidad de los personajes públicos o, en otros casos, personajes privados. Que el Juez Brennan resolviera el conflicto entre la libertad de expresión de un relevante medio de comuni-

cación— New York Times y la honorabilidad de L. B. Sullivan —comisario de policía en Alabama, afectado por un anuncio publicitario pagado por las asociaciones activistas de los derechos de los negros durante la lucha encabezada por Martin Luther King—, nada resuelve cuando el conflicto, como en el caso que nos ocupa, se suscita, no entre la libertad de expresión de los manifestantes y el honor de los Diputados a los que se impidió el desarrollo de su tarea, sino entre esa libertad y el derecho de participación proclamado por el artículo 23 de la CE.

La Sala no puede sino identificarse con la necesidad de una acotación expansiva del derecho a la libertad de expresión, como garantía de la pervivencia misma del Estado de Derecho. Son numerosos los ejemplos de nuestra jurisprudencia en los que venimos propugnando una delimitación in extenso de ese derecho, de modo reiterado, cuando contiene con el derecho al honor de los personajes públicos o privados (cfr. SSTs 587/2013, 28 de junio; 843/2014, 4 de diciembre, y AATS 7 noviembre 2014, 23 mayo 2014, 12 marzo 2014 y 28 junio 2013, todos ellos dictados en causas especiales contra aforados). Sin embargo, nuestra identificación con ese criterio de delimitación de la libertad de expresión, no nos libera de exigir al Tribunal de instancia una tarea ponderativa singular y específica, cuando la convergencia de los valores en juego se desplaza desde la honorabilidad del afectado por una información que le concierne, al libre desarrollo de sus tareas legislativas por los representantes políticos democráticamente elegidos y a todos los ciudadanos que confían en el normal desarrollo de las actividades del Parlament como presupuesto sine qua non para el ejercicio de su derecho de participación.

El artículo 23 de la CE —y así lo ha recordado la reciente STC 1/2015, 19 de enero— incluye en el contenido de su apartado 2.º, no sólo el derecho al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, sino la necesidad de que los representantes designados puedan permanecer y ejercer libremente sus cargos (cfr. SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 28/1984, de 28 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6 y 40/2003, FJ 2, entre otras). Y cuando la perturbación de su ejercicio tiene como destinatarios a los representantes parlamentarios, la obstaculización de sus funciones afecta, no sólo a éstos, sino también al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes, reconocido en el apartado 1.º del mismo artículo 23 de la CE (SSTC 161/1988, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4; 177/2002, FJ 3, y 40/2003, FJ 2).

La idea de que el libre ejercicio de la función parlamentaria es presupuesto del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, por medio de sus representantes, forma parte de una consolidada jurisprudencia constitucional. La ya citada STC 1/2015, insiste en la necesidad de una interpretación restrictiva de todas aquellas normas emanadas de los órganos legislativos que impliquen una limitación de la función parlamentaria, así como en la exigencia de una estricta motivación de los criterios de excepcionalidad, «... bajo pena, no sólo de vulnerar el derecho fundamental del representante de los ciudadanos a ejercer su cargo (artículo 23.2 CE), sino también de infringir el de estos a participar en los asuntos públicos, ex artículo 23.1 CE (SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 3 y 40/2003, FJ 2, entre otras muchas)».

D) Así delimitado el contenido material del derecho a la participación en los asuntos públicos (artículo 23 CE), un primer error de la sentencia de instancia se hace patente. Y es que los acontecimientos violentos acaecidos como consecuencia del movimiento de protesta que llevó a la convocatoria, los días 14 y 15 de junio, de una concentración en el Parlament de Catalunya bajo el lema «Aturem el Parlament, no dexiarem que aprovin retallades» —paremos el Parlament, no permitiremos que apureen recortes—, no pueden ser degradados a un simple problema de convergencia anti-nómica entre los derechos de expresión y reunión y el derecho al honor de los

representantes de los ciudadanos. Tampoco implicó exclusivamente un menoscabo de la capacidad de los Diputados autonómicos para el libre ejercicio de sus funciones representativas (artículo 23.2 CE). El conflicto fue más intenso, pues no sólo afectó a los derechos de los que quisieron reunirse y expresar libremente su desacuerdo con las políticas aprobadas por el Parlament, frente al derecho de los parlamentarios a ejercer su función pública sin cortapisas; antes al contrario, el libre ejercicio de las funciones legislativas por los legítimos representantes del pueblo catalán era también presupuesto del derecho de todos sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23 de la CE y artículo 29.1 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Esta dimensión del derecho de participación enriquece su significado instrumental como medio para hacer valer otros bienes constitucionales del máximo rango axiológico. Bienes que conectan con principios como la libertad y el pluralismo político, que el artículo 1 de la CE –precepto calificado certeramente como norma de apertura que constituye al Estado, que lo configura, normativa e institucionalmente– proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión, no pueden operar como elementos neutralizantes de otros derechos y principios indispensables para la vigencia del sistema constitucional. Paralizar el trabajo ordinario del órgano legislativo supone afectar, no ya el derecho fundamental de participación política de los representantes políticos y, en general, de los ciudadanos catalanes, sino atacar los valores superiores del orden democrático. Cuando el artículo 1 de la Constitución proclama entre ellos la libertad y el pluralismo político, está sintetizando los principios y elementos constitutivos de nuestro edificio constitucional. Ese precepto tiene una función normativa clara, fundamenta el Estado y proporciona criterios para la interpretación global del texto constitucional, hasta el punto de que la vigencia de nuestro sistema constitucional ha de obtenerse a partir del significado profundo y expreso de esta norma de apertura. La historia europea ofrece elocuentes ejemplos en los que la destrucción del régimen democrático y la locura totalitaria se inició con un acto violento contra el órgano legislativo. Relativizar el significado jurídico de los acontecimientos desarrollados ante el Parlament los días 14 y 15 de junio de 2011, y hacerlo mediante una tan hábil como equívoca ponderación jurisdiccional de los bienes en conflicto, supone banalizar el significado de los principios y valores sobre los que se asienta el sistema democrático. El Parlament –según proclama el artículo 55 del Estatuto de Autonomía– «representa al pueblo de Cataluña (...) ejerce la potestad legislativa, aprueba los presupuestos de la Generalitat y controla e impulsa la acción política y de gobierno. Es la sede donde se expresa preferentemente el pluralismo y se hace público el debate político. El Parlamento es inviolable».

Y cuando el ejercicio de ponderación de los bienes y derechos en conflicto prescinde de los pilares sobre los que se sustenta el equilibrio de nuestro sistema democrático, el desenlace, sin quererlo, puede resultar llamativo. Así acontece con la sentencia objeto de recurso, en la que los Magistrados que suscriben el criterio mayoritario no tienen objeción alguna en admitir la negación del derecho de participación por la necesidad de tolerar excesos en el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión y, sin embargo, no dudan en sancionar penalmente al único manifestante que lesionó la propiedad individual de una de las Diputadas. En efecto, la condena de Marco Antonio a una pena privativa de libertad, como autor de una falta de daños del artículo 625.1 del CP, por haber manchado con un spray la prenda de vestir de la diputada Salome, encierra la paradójica condena por la ofensa a un bien jurídico –la propiedad individual– que se alza frente a las libertades de expre-

sión y el derecho de reunión. La tesis que anima la resolución de instancia admite excesos que menoscaban el derecho de participación de los Diputados autonómicos y de los ciudadanos catalanes que les eligieron, pero no tolera ninguna extralimitación cuando lo que está en juego es la propiedad individual (art. 33 CE). Con arreglo a ese discurso, la función constitucional para la que había sido designada la Diputada Salome sí podía convertirse en objetivo de los excesos de los manifestantes, pero su propiedad individual, expresada en la chaqueta que vestía, había de quedar a salvo frente a cualquier ataque. Llevado a sus últimas consecuencias el razonamiento de los Jueces de instancia, los actos destructivos, cuando afectan al pluralismo político, pueden estar justificados en función de la titularidad de los medios de comunicación, pero cuando menoscaban la propiedad individual, desbordan toda causa de justificación y han de ser irremediabilmente penados. El Tribunal *a quo*, en fin, no descarta la retribución penal frente al ataque a la propiedad individual. Y ello pese a la escasa significancia en la ofensa al bien jurídico protegido y que la propia perjudicada había renunciado expresamente a toda reparación económica.

La Sala estima, en consecuencia, que los hechos declarados probados no pueden ser amparados en la causa de justificación prevista en el artículo 20.7 del CP –ejercicio legítimo de un derecho–. Su apreciación es el resultado de un equivocado juicio ponderativo que confunde y distorsiona el significado constitucional de los principios, valores y derechos en juego.

E) Estiman el Fiscal y las restantes acusaciones que la sentencia de la Audiencia Nacional incurre en un error jurídico en la subsunción de los hechos. Para el Ministerio Público, el relato de hechos probados incluye los elementos típicos que permitirían la condena por los delitos previstos en los artículos 498, 550 y 551.2 del CP, en concurso ideal del artículo 77 del CP. Las acusaciones ejercidas en nombre de la Generalitat y del Parlament limitan el error de derecho a la indebida aplicación del artículo 498 del CP.

Tienen razón el Fiscal y las acusaciones cuando califican los hechos como constitutivos de un delito del artículo 498 del CP.

(...) Se trata de un delito de tendencia, como se desprende del empleo de la locución «para impedir». Si bien no falta alguna propuesta dogmática minoritaria que estima que estamos ante un delito de resultado, el entendimiento más extendido considera que el artículo 498 no exige para su consumación que, como efecto de los medios empleados, el Diputado no haya podido asistir a las reuniones, no haya votado efectivamente o haya experimentado una restricción efectiva de su libertad de expresión. Basta convertir a aquél en destinatario del acto violento o intimidatorio, emplear la fuerza o amenazarle gravemente, para que el delito se consuma. Siempre, claro es, que el fin perseguido sea impedir la asistencia del Diputado a las sesiones o, en el transcurso de éstas, coartar su libertad de expresión o de voto. Estamos en presencia, por tanto, de un delito pluriofensivo, en la medida en que implica, por razón del medio ejecutivo empleado, un atentado a la libertad de los Diputados. Pero es algo más. Como ya hemos apuntado *supra*, se dirige a perturbar el normal funcionamiento del órgano parlamentario, con el consiguiente menoscabo del derecho de participación reconocido en el artículo 23 de la CE. Se vulnera, no sólo el derecho del Diputado electo al ejercicio del cargo público para el cual fue designado, sino que, además, se afecta de forma indirecta el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes.

Esta Sala sólo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del bien jurídico del delito previsto en el artículo 498 del CP, en el ATS 8 de noviembre de 2012, recaído en la cuestión de competencia suscitada entre los Juzgados Centrales de instrucción de la Audiencia Nacional y el Juzgado de instrucción de Barcelona. Allí decíamos que «...la

competencia de la Audiencia Nacional de los delitos contra las Instituciones del Estado requiere de la concurrencia de dos requisitos: a) que el sujeto pasivo del delito sea un Alto Organismo de la Nación o, en terminología del Código Penal, una Institución del Estado; y b) que el bien jurídico protegido lo constituya la dignidad y normal funcionamiento de esas Instituciones. Ambos requisitos concurren en el caso que nos ocupa: relevancia constitucional de los Parlamentos autonómicos, asimilada y cercana al de las Cortes Generales, y que, en el tipo del artículo 498 se tutela y protege el normal funcionamiento de las Cámaras Legislativas, sean estatales o autonómicas, como órganos de representación y manifestación de la soberanía popular y titulares de la potestad legislativa, y ello porque ese normal funcionamiento tiene como presupuesto básico el que los parlamentarios puedan acceder con normalidad y libertad a las sedes parlamentarias y así ejercer sus funciones emitiendo opiniones, participando en los debates o emitiendo su voto. Aunque la conducta típica de fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave se dirija directamente contra la persona del parlamentario, la finalidad es la perturbación del funcionamiento de la propia Institución, que se ve alterada cuando se impide o coarta a éstos su asistencia a las reuniones, la manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto. Se trata, en definitiva, de un tipo penal de naturaleza pluriofensiva en el que se ve afectada la libertad y seguridad del parlamentario, pero también y fundamentalmente, en el que se ataca y cuestiona el funcionamiento de la propia Institución parlamentaria. En este sentido, el sujeto pasivo de la acción podrá serlo el parlamentario, pero el sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico es la misma Asamblea legislativa. Esto es lo que cualifica este delito respecto a las coacciones o amenazas genéricas o respecto al delito genérico de atentado cometido sobre miembros de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas que expresamente se tipifica en el artículo 551.2 del Código Penal».

(...) Como expresa su significado gramatical, «parar» es «detener», «impedir» el normal desarrollo de la función parlamentaria. Y hacerlo además con ocasión del debate previsto para reformas presupuestarias que, a juicio de los acusados, iban a implicar un recorte de los derechos sociales y los servicios públicos. No se trataba, por tanto, de expresar el desacuerdo con las políticas presupuestarias restrictivas mediante una concentración en las proximidades del Parlament. Tampoco tenía aquella manifestación como objetivo servir de vehículo para proclamar la indignación colectiva frente a esas políticas. Su finalidad no era otra —así lo describe el hecho probado— que provocar que el órgano de representación política del pueblo catalán se viera incapacitado para el debate y la acción política mediante la conformación de las mayorías que siguen al ejercicio del derecho al voto. No se trataba, en fin, de valerse de formas directas de decisión política como fórmula alternativa a los dictados de la representación parlamentaria. Lo que perseguían los allí concentrados era atacar las raíces mismas del sistema democrático. Despojar al órgano que expresa la voluntad popular de toda posibilidad de creación normativa («... no deixarem que aprovin/no permitirem que aprueben»).

Y esta finalidad no queda oscurecida, desde luego, por el hecho de que en una rueda de prensa celebrada días antes «... dos portavoces de los movimientos sociales (declararan) que no pretendían impedir el funcionamiento del Parlament sino detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos que significaban las medidas presupuestarias que se iban a aprobar». Ninguna interferencia provoca esa proclamación fáctica para el juicio de subsunción. De una parte, porque esa afirmación acerca de la finalidad que animaba la convocatoria se pone en boca de dos portavoces no identificados, de cuya participación en los hechos nada dice el juicio histórico. De otra parte, porque encierra una contradicción insalvable afirmar que no se pretende impedir el funcionamiento del Parlament y añadir inmediatamente des-

pués que lo que verdaderamente se persigue es «... detener el ataque contra los derechos sociales y los servicios públicos (...) que se iban a aprobar». Y es que mal se puede evitar la aprobación de unas medidas legislativas sin impedir u obstaculizar el funcionamiento del órgano parlamentario en el que aquéllas van a ser aprobadas.

Sobre el fin que perseguían los acusados, es también claro el relato de hechos probados cuando explica que «... a primera hora de la mañana, la policía disolvió por la fuerza, en varias ocasiones, a los manifestantes para abrir la puerta 7, situada frente al número 37 de la calle Pujades, única que se había decidido dejar franca para que accedieran los parlamentarios». Fue necesario, en consecuencia, el empleo de la compulsión personal por parte de los agentes para alejar a los manifestantes y dejar expedita una vía de tránsito que permitiera el acceso de los parlamentarios al edificio que constituye la sede del órgano legislativo.

El ataque al bien jurídico protegido por el artículo 498 del CP no puede verse minimizado por la comprensión que algunos de los Diputados llegaron a mostrar, durante su declaración como testigos, a la acción desplegada por los acusados. Estamos en presencia de un bien jurídico que, al menos en su dimensión de derecho de los ciudadanos a la participación política que, como tal, es indisponible por quien no es titular del mismo. Tampoco afecta a la consumación del hecho delictivo, tal y como hemos delimitado el alcance típico del artículo 498, el dato de que la práctica totalidad de los Diputados no padeciera en su integridad física o porque los daños a la propiedad causados fueran de escasa relevancia. Y, por supuesto, el juicio de tipicidad no se ve alterado por el mayor o menor acierto de los agentes de la autoridad en el momento de fijar los perímetros de seguridad que podría haber aconsejado la aglomeración de ciudadanos en las inmediaciones del Parlament.

Son muchos los fragmentos del juicio histórico en los que la lesión del bien jurídico –el normal funcionamiento del órgano parlamentario– se dibuja con absoluta nitidez. Así, en el apartado 3.º se apunta el temprano inicio de la acción obstaculizadora por parte de los manifestantes, que generó problemas para algunos de los representantes: «... a partir de las 8.00 h. los diputados fueron entrando, algunos encontraron problemas debido al número de personas allí congregadas, que en ciertos momentos ascendía a más de seiscientas. El inicio de la sesión estaba señalado para las 10.00 h».

Especialmente descriptivo es el pasaje en el que se narra el intento frustrado del President de la Generalitat y de otros Diputados de acceder por la puerta que había sido habilitada por los agentes. En este caso, pese a la declarada falta de pruebas acerca de quiénes fueron los autores de los incidentes violentos, el episodio descrito es buena muestra del clima coactivo creado para llevar a buen fin el lema de la convocatoria que, como venimos insistiendo, incluía una llamada a parar el Parlament e impedir la aprobación de medidas presupuestarias de carácter restrictivo: «... hacia las 9.25 h. el President de la Generalitat D. Geronimo ocupaba el vehículo oficial, junto a los diputados de Convergencia i Unió (Ciu) D. Raimundo y D. Luis Carlos, en una comitiva de cuatro vehículos –en uno de ellos iba la Presidenta del Parlament– y otras tantas motocicletas conducidas por agentes de policía. Circulaban, por la avenida Meridiana en dirección al Parc de la Ciutadella con la intención de atravesar por la puerta 7; antes de llegar se encontraron con un grupo de manifestantes que ocupaban la calzada y obstaculizaban su marcha. Los automóviles no llevaban distintivo alguno. Al constatar la dificultad para atravesar por aquella puerta, rectificaron su dirección y regresaron por la misma vía, alejándose del lugar.

En el momento que cambiaban de sentido de marcha para eludir a la manifestación, un grupo de personas –ignorantes de qué autoridades viajaban en los vehículos– se aproximó a la comitiva. El encuentro entre los manifestantes y la cadena de coches duró escasos segundos. Un individuo levantó la mano y el brazo derecho cuando el

automóvil presidencial giraba, otros se acercaron al vehículo, llegando a tocar la carrocería, alguien intentó abrir las puertas –que se hallaban aseguradas– y lanzó varios golpes. Cuando la comitiva abandonaba el cruce, un individuo arrojó un cono de plástico de señalización a la calzada».

Es, por tanto, en ese clima coactivo, en esa atmósfera intimidatoria descrita en el hecho probado, en el que se desarrollan varios intentos frustrados por acceder en condiciones de normalidad a la sede parlamentaria, entre ellos el del President de la Generalitat y varios Diputados. Y es en ese contexto en el que las acciones protagonizadas por algunos de los acusados adquieren significación penal.

(...)

Los delitos por los que se formuló acusación –a juicio del Fiscal– estarían en una relación de concurso medial del artículo 77 del CP. El ataque a los Diputados, el atentado, no era sino un medio para cometer el delito previsto en el artículo 498 del CP.

La Sala no puede compartir el criterio del Fiscal.

Por una parte, por cuanto que los artículos 498 y 552.2 del CP comparten espacios de tipicidad que acercan la relación entre ambos preceptos a la que sería propia, no del concurso medial de delitos del artículo 77 del CP, sino de la que define el concurso de normas. Y pese a la menor gravedad de las penas asociadas al artículo 498 del CP, este precepto sería ley especial frente a la ley general representada por el artículo 551.2 del CP. Afirmada la relación de concurso de normas, éste habría de resolverse con arreglo al principio fijado en el artículo 8.1 del CP, con arreglo al cual, «el precepto especial se aplicará con preferencia al general». Pero incluso de aceptar la tesis del Fiscal que ve un concurso de delitos –medial– entre los artículos 498 y 551.2 del CP, la aceptación del hecho probado como presupuesto metodológico para el éxito de la vía casacional que ofrece el artículo 849.1 de la LECrim, nos lleva a descartar la existencia de actos típicos de acometimiento o resistencia graves. La integridad del *factum*, a la que nos obliga la desestimación del tercero de los motivos formalizados, no permite enriquecer aquél con añadidos que no han sido expresamente proclamados en la instancia. Además, la fuerza, la intimidación y el acometimiento que se describen respecto de algunos de los acusados, fueron los indispensables para entorpecer el libre tránsito de los Diputados hasta la sede del órgano legislativo. De ahí que la hipotética sustantividad típica de esos hechos nunca llegaría a colmar las exigencias del artículo 550 del CP. Se trata del empleo del medio ejecutivo indispensable para lograr el objetivo que animaba la convocatoria, a saber, la paralización de las actividades parlamentarias que deberían haber llevado, en los términos inicialmente previstos, a la aprobación de medidas presupuestarias restrictivas del gasto público.

(STS 161/2015, de 17 de marzo)

ARTÍCULO 570 TER CP

Diferenciación entre grupo y organización criminal: Sostiene el recurso que no concurren los requisitos del grupo criminal y que nos encontramos ante un supuesto de codelinuencia.

La incorporación del tipo previsto en el artículo 570 ter CP es consecuencia de la compartida preocupación internacional por los dañinos efectos inherentes a la

delincuencia organizada. Más allá de otros precedentes más tempranos, la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, 29 de abril, por la que se aprobó la Convención de Naciones Unidas para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional y la Decisión Marco 2008/841/JAI, 24 de octubre, abonaron el camino a una tipicidad en la que la delincuencia plural y concertada, adquiriera un significado autónomo.

Frente a las críticas doctrinales que han cuestionado esta figura, en la idea de que los tratamientos históricos de la coautoría y la conspiración para delinquir, ofrecían ya las claves para el adecuado castigo de estos fenómenos, ha señalado esta Sala (entre otras STS 289/2014 de 8 de abril o la 445/2014 de 29 de mayo) que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia. La realidad, en cada caso concreto, exigirá la definición de un criterio que, con tributo a los principios que legitiman cualquier sistema punitivo, distinga entre aquellos supuestos de simple concertación ajena a cualquier idea de lesividad y aquellos otros en los que esa acción concertada se hace merecedora de sanción penal.

La regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 contempla como figuras delictivas diferenciadas la organización criminal y el grupo criminal. El artículo 570 bis define a la organización criminal como: «La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Por su parte el artículo 570 ter *in fine* describe el grupo criminal como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

El grupo se perfila como figura residual respecto a la organización. Ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos. La organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se reparten las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad. El grupo criminal, sin embargo, puede apreciarse aunque no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra solo uno de ellos.

A diferencia de la organización criminal, que exige para su afirmación la existencia de un «grupo estable o por tiempo indefinido», el grupo criminal debilita ese elemento sustituyéndolo por la exigencia de una relativa permanencia –formación no fortuita– y una estructura mucho más elemental para hacer realidad la actuación concertada de sus integrantes, sin necesidad de una asignación formal de funciones.

(STS 251/2014, de 13 de abril de 2015)

ARTÍCULOS 578 CP

Enaltecimiento del terrorismo. Discurso del odio: Naturaleza y elementos del mismo. Doctrina de la Sala. El «discurso del odio» no está protegido por la libertad de expresión ideológica. Distinguir, entre el odio como sentimiento interno que queda situado extramuros de la respuesta penal de acuerdo con el principio de que los pensamientos no delinquen, y la exteriorización del mismo que si integra hechos típicos debe ser sancionado. En el presente caso se trataba de diversas canciones que se difundieron en internet a través de la red social youtube y que tuvieron una gran difusión, en las que se contenían estrofas claramente laudatorias para condenados por terrorismo o a sus acciones, y, asimismo en clave retórica se citaba a personas u organismos concretos como merecedoras de ser atacadas.

El delito de enaltecimiento del terrorismo fue introducido en el CP por LO 7/2000 de 24 de Diciembre de 2000.

En el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas: a) el enaltecimiento o justificación del terrorismo o sus autores y b) la realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes.

Algún sector doctrinal manifiesta que se pretendía «emboscar» una criminalización discutible –el enaltecimiento/justificación– con otra que no lo es –menosprecio o humillación de las víctimas– y cuya justificación material es mucho más clara así como el merecimiento de pena, por lo que el cierre a la impunidad de estos actos en ofensa o menosprecio de las víctimas del terrorismo era una exigencia indiscutible.

Más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación.

De entrada hay que recordar, con la doctrina de esta Sala –SSTS 149/2007, de 26 de Febrero, 585/2007, de 26 de Junio o 539/2008 de 23 de Septiembre– que los elementos que vertebran este delito son los siguientes:

1.º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal.

2.º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los artículos 571 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3.º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser un periódico o un acto público con numerosa concurrencia.

Características del delito son el tratarse de un comportamiento activo, que excluye la comisión por omisión, tanto propia como impropia, siendo un delito de mera actividad y carente de resultado material, y de naturaleza esencialmente dolosa o intencional.

Por referencia al delito de apología del artículo 18, parece opinión más autorizada la que considera que la figura del artículo 578 tiene una substantividad propia, distinta y diferente de la apología *strictu sensu* del artículo 18 CP.

La apología del artículo 18, de acuerdo con el propio tenor del tipo, exige una invitación directa a cometer un delito concreto, y solo entonces será punible, y lo mismo puede predicarse del artículo 579 CP que se refiere a la provocación, conspiración y proposición.

Por el contrario, el enaltecimiento/justificación del artículo 578 constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas o de quienes los efectuaron.

En apoyo de esta teoría de la substantividad de esta específica apología «*in genere*», operaría el argumento de que su respuesta punitiva es también autónoma e independiente –prisión de uno o dos años–, frente a las apologías «clásicas» de los artículos 18 y 579 en las que la pena lo es por referencia a la que corresponda al delito a cuya ejecución se incita –pena inferior en uno o dos grados–.

La propia Exposición de Motivos de la Ley apunta en esta dirección cuando se dice que «... las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del CP...».

Finalmente, en cuanto a la naturaleza de esta apología genérica, laudatoria y sin incitación delictiva concreta, de acuerdo con la doctrina de esta Sala mantenida en los autos de 23 de Mayo de 2002 y 14 de Junio de 2002 –Causa Especial, Recurso 29/2002– no es un delito de terrorismo dado que la actividad típica está constituida por la mera expresión laudatoria de actos terroristas o de sus autores, sin incitación a la comisión directa ni indirecta. De suerte que como ya advirtió la STC 199/1987 de 16 de Diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional que resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra la L. O. 9/1984 sobre bandas armadas y elementos terroristas.

«... La manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades...».

Por ello, el argumento de que esta llamada apología menor, se encuentre sistemáticamente dentro de los delitos de terrorismo en el CP, carece de virtualidad y relevancia para en base a tal argumento, así estimarlo.

Una cosa es el delito de terrorismo y otra es la apología del terrorismo, de igual suerte que no puede confundirse el delito de genocidio del artículo 607 CP con la apología del genocidio que se encuentra en el n.º 2 del artículo 607, y, también con una pena autónoma.

En todo caso, una vez deslindada esta figura de la apología autónoma, sin incitación a la comisión de delito concreto, habrá de concretarse cual sea bien jurídico protegido por este delito. La propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, nos da una pista negativa de lo que no es exaltación, y otra pista positiva de lo que se pretende proteger con la nueva tipificación.

«... No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se aleguen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional...».

«... Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de métodos terroristas...».

«... Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal...».

Ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del artículo 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznable que puedan ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los artículos 16-1.º y 20-1.º a) de la Constitución.

Es por ello que reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en las sentencias de esta Sala 585/2007, de 20 de Junio, o 224/2010, de 3 de Marzo), la labor judicial, como actividad individualizada que es en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Estas cautelas no pueden ser rebajadas ni debilitadas. La reciente Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de 28 de Noviembre, por la que se modifica la anterior Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en relación a delitos ligados a actividades terroristas, en su artículo 2.º estima por tales delitos, entre otros, la provocación a la comisión de un delito de terrorismo, la captación de terroristas y el adiestramiento de terroristas, figuras que aparecen definidas en el artículo 1, siendo relevante retener la prevención que aparece en el Considerando 14 de dicha Decisión Marco en la que textualmente se dice:

«... La expresión pública de opiniones radicales polémicas o controvertidas sobre cuestiones sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión Marco y en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo...».

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del artículo 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso. Solo así se puede sostener la constitucionalidad del delito de exaltación.

¿Cuál es esa zona intermedia?

De acuerdo con esta concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos, antes citada, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH –SSTEDH de 8 de Julio de 1999, *Sürek vs Turquía*, 4 de Diciembre de 2003, *Müslüm vs Turquía*– y también nuestro Tribunal Constitucional –STC 235/2007 de 7 de Noviembre– califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades.

Es claramente un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan –STC 176/1995–, y ello es así porque nuestra Constitución no impone un modelo de «democracia militante». No se exige ni el respeto ni la adhesión al ordenamiento jurídico ni a la Constitución. Nada que ver con esta situación es la alabanza de los actos terroristas o el ensalzamiento de los verdugos que integran la médula del delito del artículo 578 CP como elemento positivo, pero que excluye la incitación directa o indirecta a la comisión de hechos terroristas, como elemento negativo.

En tal sentido, SSTS 676/2009; 1269/2009; 224/2010; 597/2010; 299/2011; 523/2011 o 843/2014, entre otras.

A todo lo anterior, hay que añadir que para el TEDH por ejemplo en la sentencia de 15 de Marzo de 2011 –asunto Otegi Mondragon vs España–, reconoce sin dudas que tal derecho a la difusión de ideas incluye y abarca no a las inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan o preocupan o inquietan en la medida que sin tal libertad, pluralismo y tolerancia, «no hay sociedad democrática» estimando que el límite a la libertad de expresión solo se encuentra el discurso del odio o de incitación a la violencia.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la libertad de expresión en términos inequívocos, libertad de expresión que no se limita a la que pudiera calificarse de «cortesana», sino a la crítica severa «... aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia, y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática...» –SSTC 174/2006 o 235/2007–, y por tanto dentro de este derecho a la crítica cabe «... cualquiera (opinión) por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso aquellas que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución –se ha dicho– protege también a quienes la niegan...» –STC 176/1995–.

Precisamente en relación al delito de exaltación del terrorismo, partiendo del hecho indiscutible que el terrorismo constituye la más brutal negación de los derechos humanos, resulta más que aceptable que las expresiones de alabanza a los autores de delitos terroristas o de sus actos en la medida que integran hechos tipificados como delitos en el artículo 578 CP, se hagan merecedores de la respuesta penal prevista. No se criminaliza el sentimiento del odio, que como tal en tanto permanezca oculto en el interior del ser humano que fuera de la respuesta penal porque los pensamientos no delinquen, sino que lo que se criminaliza son hechos externos que ensalzan tal odio y que constituyen hechos, tipificados como tales en el CP en el artículo 578.

(...) Obviamente, la música es el envoltorio, la cáscara, lo relevante penalmente es la letra de tales canciones donde está el mensaje.

También se dice que la sentencia de instancia «... ha procedido a formar una causa general dictada la obra artística de mi representado...».

No hay tal causa general.

Ciertamente la sentencia de instancia ha copiado literal e íntegramente los textos de los doce archivos citados. Hay que reconocer que es incorrecto tal proceder, porque lo relevante penalmente no es la totalidad de las letras, sino solo y exclusivamente las frases acotadas por esta Sala y que han sido recogidas en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el resto, con independencia de su calidad y tono más o menos desabrido y/o agresivo queda extramuros de la respuesta penal porque no suponen alabanza o exaltación de actos terroristas o de sus autores.

Por lo demás, hay que añadir que en relación a la difusión de tales lemas consta y no ha sido cuestionado, la difusión que han tenido las canciones y las concretas frases

concernidas. Basta recordar que el archivo «Libertad presos políticos» tuvo 13.722 reproducciones hasta el 2 de Febrero de 2011; «Democracia su puta madre» 7.594 en el mismo periodo; «Obama bin Laden» 4.360 reproducciones; «El llanto de las gaviotas» 2.064 reproducciones; «En una calle olvidada» 1.067 reproducciones; «No me da pena tu tiro en la nuca» 1.592 reproducciones; «El hijo adoptado de Arsenio» 1.789 reproducciones; «Realidad surrealista» 455 reproducciones y «No quiero ser otro cordero» 355 reproducciones.

Hoy día el cambio social viene ligado a la evolución tecnológica. Internet ha supuesto una revolución en el mundo de las comunicaciones y del conocimiento, con la particularidad de que permite a los países atrasados avanzar enormemente, pero también esta importancia de las redes sociales tiene su incidencia en el sistema penal, cualquier política criminal hoy día no puede ignorar esta explosión tecnológica que permite divulgar cualquier mensaje en pocos segundos a una multitud de usuarios situados en países lejanos con lo que se obtiene una publicidad de los mensajes impensable hace unos años. El presente caso es un ejemplo de la capacidad de difusión de mensajes inaceptables penalmente y frente a los que la política de prevención del crimen debe ir por delante del uso delictivo de las mismas.

Se dan todos y cada uno de los elementos que vertebran e integran el delito de exaltación al terrorismo.

En conclusión, procede el rechazo del recurso formalizado, ya que declarado que las concretas frases acotadas de los archivos indicados integran expresiones de alabanza del «discurso del odio» se ha sobrepasado el límite al derecho a la libertad de opinión y de creación artística, y, en consecuencia, los hechos sí que integran el delito del artículo 578 del CP.

(STS 106/2015, de 19 de febrero)

ARTÍCULO 579 BIS CP

Concepto de organización terrorista e integrante. Reforma operada por la LO 1/2015: procede aplicar a los dos acusados cuya condena se mantiene el nuevo subtipo penal atenuado del artículo 579 bis.4, implantado por la reforma establecida en la LO2/2015, atendiendo así la petición formulada por las defensas en la vista oral del recurso de casación.

En cuanto al carácter de organización terrorista de SEGI, se afirma en la sentencia 608/2013, de 17 de julio, que la condición de organización terrorista de SEGI no suscita dudas dado que la STS 50/2007, de 19 de enero, establece que JARRAI-HAIKA-SEGI constituye una organización estable en el tiempo, desenvolviéndose desde 1978 a 2001; y que, lejos de dedicarse a la defensa pacífica y por medios legítimos de su opción política, dicha organización complementa la actividad de lucha armada de ETA, mediante actos de *kale borroka* numerosos y reiterados; utiliza artefactos explosivos o incendiarios; causa daños, coacciones y amenazas, mediante lanzamientos de artefactos incendiarios, menoscabos de vehículos de transporte público, causación de incendios intencionados, colocación de artefactos explosivos y contra-manifestaciones violentas, actos todos ellos de contenido e intención conminatorios; y, además, que su actividad es diseñada, coordinada, graduada y con-

trolada por ETA. Se matiza después que la «dicotomía» de que, no obstante, habla la sentencia de instancia entre la organización armada y sus satélites, de ningún modo empaña la calificación de «terrorista», dada la finalidad y contenido de los actos de estos últimos. Ni tampoco el carácter subordinado de los segundos respecto de la primera, en cuanto a la capacidad de diseñar la política terrorista, sería obstáculo para la calificación postulada.

Y más adelante se dice también en la sentencia 608/2013 que cuando lo que aparentemente son organizaciones políticas independientes en realidad funcionan siguiendo las consignas impuestas por la organización terrorista, son dirigidas por personas designadas o ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente, desde aquélla, y además le sirven como apoyo y complemento para la consecución de esos fines a través de actos violentos, la conclusión debe ser que aquéllas forman parte de esta última, e integran por lo tanto una organización terrorista, aunque sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento. O bien que constituyen una organización terrorista separada, pero dependiente de la anterior.

Esta conclusión debe ser limitada en un doble sentido, según advierte la STS 608/2013, recogiendo precedentes anteriores. De un lado, el apoyo debe referirse en alguna medida a las acciones terroristas. Así parece deducirse de la decisión Marco de 2002, artículo 2.2.b. Si se trata de actos reiterados de colaboración (equivalencia del artículo 576 CP), y se crea o se aprovecha una organización para realizarlos, la organización debería ser considerada terrorista. De no ser así, la calificación solo afectará a las acciones particulares de las personas implicadas en la colaboración, acreditando su pertenencia a la organización.

De otro lado, la imputación solo podrá hacerse a aquellas personas respecto de las que se haya acreditado que conocen que sus aportaciones contribuyen a las actividades terroristas de la organización.

Es decir, que no se trata –matiza la sentencia 608/2013– de que existan unas organizaciones políticas con unos fines determinados, más o menos constitucionales, o incluso contrarios a la Constitución en su formulación del Estado, de las cuales se han desgajado unos cuantos radicales que han actuado de forma violenta para tratar de conseguir aquellos fines. Ni siquiera se trata de que esas organizaciones aprovechen la existencia de la violencia terrorista para conseguir sus propios fines. Ni tampoco que incluso lleguen a celebrar la existencia de la misma organización terrorista. Por el contrario, lo que se aprecia es la existencia de una organización terrorista que ha llegado a adquirir una gran complejidad, hasta el punto de que utiliza para la consecución de sus fines no solo la violencia y el terror encomendados a grupos que, aunque clandestinos, son bien identificados en su naturaleza y características, sino también otros medios que son puestos en práctica a través de grupos, asociaciones o similares que, aunque parecen legítimas en su acción política, que en sí misma no es delictiva, sin embargo obedecen las consignas y funcionan bajo su dirección. Es, pues, la organización globalmente considerada la que es terrorista en cuanto se dedica a la comisión de actos de esta clase, y de la que dependen otros grupos que, formando parte integrante de aquélla, contribuyen de otras variadas formas a la consecución de sus fines bajo su misma dirección.

Resulta ahora imprescindible exponer cuáles son los requisitos que exige la jurisprudencia para considerar a un sujeto como integrante de una organización terrorista como SEGI y aplicarle en consecuencia el artículo 571.2 (anteriores 515.2.º y 516.2.º del C. Penal).

Pues bien, sobre este particular se hace preciso transcribir los párrafos fundamentales de las sentencias de esta Sala 608/2013, de 17 de julio; 230/2013, de 27 de

febrero; y 977/2012, de 30 de octubre. En esta última sentencia, a la que se remiten sustancialmente las dos anteriores, se resume la doctrina de esta Sala sobre el concepto de integración en organización terrorista, sintetizando al respecto otros precedentes procesales del Tribunal (SSTS 209/2010, de 31-3; 480/2009, de 22-5; 985/2009, de 13-10; 290/2010, de 31-3; y 603/2010, de 8-7). En concreto se dice en la sentencia 970/2012 (a la que se remiten la 230/2013 y la 608/2013) lo siguiente:

«Si en relación a una banda armada u organización terrorista no enmascarada, no es concebible una «integración inactiva», en otras organizaciones que pueden merecer igual catalogación, sí que cabría imaginar una suerte de militancia «pasiva». Eso es lo que late detrás de la distinción efectuada en el artículo 517.2.º que habla de los miembros activos de cualquier asociación ilícita, dando a entender la posible concurrencia de asociados no activos que quedarían extramuros del tipo penal. Convencionalmente podría denominarse a los primeros «militantes» y a los segundos simples «afiliados». En el caso de organizaciones terroristas no efectúa el Código esa diferenciación, lo que obedece a la idea referida. Ahora bien, en la escala en que se mueven hechos como los aquí analizados, en sintonía con la jurisprudencia que acaba de rememorarse hay que recuperar la distinción: solo es integrante de esas organizaciones satélite a los efectos del artículo 516.2.º el militante activo. Si la pertenencia inactiva es impensable en una banda armada, sí que es factible en las organizaciones a que se está aludiendo. Una exégesis correcta impone introducir ese criterio interpretativo que excluya de la sanción penal la mera adscripción «formal», un simple «estar» sin «actuar» ni «empujar». Eso ha llevado a la Sala de instancia con toda corrección a absolver a algunos de los procesados cuya pertenencia a SEGI se declara probada, pero sin aditamentos de acciones de colaboración más allá de la mera integración. No basta el estatus formal de afiliación, sino una incorporación militante, activa. En la *praxis* de las bandas armadas criminales no cabe pertenencia sin disponibilidad para actuar; en la de organizaciones terroristas presentadas con ropaje, pseudo-político, sí cabe esa figura».

«Ahora bien, se requiere esa participación no puramente pasiva pero no una posición de dirigente. Basta un «estar a disposición», un alistamiento con voluntad de colaborar activamente, que quedará demostrada habitualmente por la ejecución concreta de actos de colaboración en las actividades promovidas. El carácter clandestino de la incorporación hace poco probables otras formas de prueba. Pero idealmente sería sancionable penalmente la adscripción a SEGI por alguien que conociendo su naturaleza terrorista, se pone a disposición para ejecutar las acciones que puedan encomendársele tendentes a alcanzar sus fines. Salvo los supuestos de confesión de la integración, así entendida, la probanza discurrirá por deducción de las aportaciones realizadas. Eso no significa que el delito tenga como dos elementos diferentes, de un lado, la integración y de otro la realización de actuaciones en desarrollo de la actividad de la organización. El delito consiste en la adscripción orgánica como militante activo. Cosa distinta es que el carácter no pasivo de la integración venga a probarse cuando se acrediten actuaciones concretas en el marco de la organización. Éstas no constituyen un elemento más del delito, sino la prueba de la conducta típica. Desde esta perspectiva se aclara más lo que se razonó al combatir la queja derivada de la supuesta vulneración del principio acusatorio. En abstracto quien se integra en la organización y es aceptado como tal y muestra su disposición a asumir cualquier tarea que le sea encomendada relacionada con esos fines terroristas, colma las exigencias típicas aunque su detención se produzca antes de que haya llevado a cabo actuación alguna. La conducta típica es la militancia activa. Las aportaciones concretas a la organización no forman parte de la tipicidad, aunque sí son la manifestación, la prueba, de que esa pertenencia no se detenía en una afiliación pasiva».

Y en la misma sentencia 977/2012, de 30 de octubre, al fijar el objeto del proceso, centrado la aplicación del tipo penal de los artículos 515.2.º y 516.2.º del C. Penal, se especifica lo siguiente:

«Los hechos punibles, el objeto procesal, la conducta enjuiciada es la militancia activa en la organización terrorista SEGI. El delito consiste en la pertenencia activa, militante, en la organización SEGI. La simple pertenencia no es delictiva; sí, la adscripción activa. Eso no significa que la tipicidad se desdoble en dos segmentos: a) la pertenencia a la organización; b) la realización de actos específicos y relevantes como perteneciente a tal organización. El adjetivo «activa» no introduce la necesidad de hechos puntuales, sino que califica la esencia del delito. Éste no consiste en la pertenencia más una actividad, sino en una modalidad de pertenencia que es la «militante» «integración». La acusación quedó suficientemente definida –otra cosa es que pudiera ser deseable una mayor riqueza descriptiva– achacando a cada procesado esa pertenencia activa a un grupo localizado geográficamente y temporalmente de SEGI. Las acusaciones tendrán que probar tanto la pertenencia o adscripción, como el carácter activo de esa integración. Para esto debían aportar pruebas tendentes a acreditar que cada uno ha sido protagonista de hechos relevantes que demuestran que la adscripción era militante y no un mero «estar». Pero eso ya no constituye el núcleo del hecho punible, sino la forma de probar una de las características que ha de adornar la pertenencia para ser delictiva. Que esas actuaciones consten en el escrito de acusación puede ser muy conveniente, pero no es imprescindible. Sí que lo es que se trate de hechos que hayan sido objeto de debate en el acto del juicio oral. Cuando las acusaciones atribuyen a los acusados esa pertenencia activa (lo que expresan también con la afirmación de su implicación en actos de lucha callejera); y al desarrollarse la prueba en el acto del juicio oral aparecen elementos fácticos aportados por la acusación que vienen a dar contenido a esa condición (militancia y no mera afiliación), no se genera merma de las posibilidades de defensa».

En la línea también de precisar qué se entiende por miembros integrantes en una organización satélite de ETA, se afirma en la sentencia 608/2013, que a su vez se remite a la sentencia 985/2009, de 13 de octubre, lo siguiente:

«En principio, obtenida la calificación como ‘terrorista’ de la organización de referencia, lo acertado sería precisamente esa atribución automática de ‘integrante’ en la misma para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias que acabamos de ver, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que fuere su cometido personal concreto, de una organización con un único designio terrorista merecería, evidentemente, la denominación de ‘integrante’ y la sanción penal correspondiente por ello».

Sin embargo, «no debemos olvidar –continúa razonando la referida sentencia 985/2009– que, al igual que han hecho sentencias que componen la doctrina jurisprudencial precedente en esta materia, las propias esencias de la naturaleza terrorista de las organizaciones que aquí examinamos, en tanto que vinculadas a la cabeza directora (ETA) en un régimen de sometimiento prácticamente absoluto, lo que por otra parte no puede servir para excluir la responsabilidad de quienes voluntariamente aceptan actuar en ese régimen, deben matizar ese concepto de «integrante», a fin de huir de ilógicas e injustas exacerbaciones del contenido típico de la norma aplicada, restringiéndolo a quienes, bien por ocupar como en el presente caso ciertas posiciones dentro de la organización instrumentada o por otras razones suficientemente acreditadas, la constancia de su conocimiento de la contribución y sometimiento a los dirigentes de la plural actividad terrorista así como la participación en la obediente ejecución

y control de las instrucciones recibidas, permita atribuirles tan grave responsabilidad con el protagonismo criminal de verdaderos miembros integrantes del «movimiento» terrorista (*vid.* artículo 2 Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo)».

Con el objetivo de esclarecer y pulir el concepto de miembro activo, se afirma en la STS 608/2013 que los «integrantes» (a los que deben ser asimilados el término «miembros activos») de una de estas bandas, organizaciones o grupos, serían, ante todo, las personas que intervienen activamente en la realización de tales acciones (que constituyen el objetivo principal de la asociación, así como el motivo de su ilicitud), esto es, delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada (de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública).

En estos supuestos –matiza la sentencia 608/2013– la intervención activa no equivale, naturalmente, tan sólo a la autoría de dichos delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así serán integrantes –miembros activos– los autores de los delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Puede no obstante haber personas que aunque no intervengan en la realización de acciones delictivas, forman parte de la dirección, en sentido amplio, de la banda, ocupándose de dirigir las actividades de mantenimiento de la estructura organizativa básica a la asociación: labores de planificación y de coordinación en cualquier ámbito de la actividad de la banda. Tales personas podrán ser consideradas también integrantes de la asociación terrorista (como lo serían en cualquier otra asociación ilícita).

Y por último, concluyendo ya las referencias jurisprudenciales que han venido configurando el concepto de miembros integrantes de estas organizaciones satélites de ETA, se subraya y advierte en la sentencia 230/2013, de 27 de febrero, que si bien la «militancia activa» de los acusados en la referida organización son las locuciones de que se vale la jurisprudencia para sintetizar los requisitos del tipo penal a la hora de aplicar los artículos 515.2.º y 516.2.º del C. Penal, lo cierto es que el sintagma «militancia activa» tiene un significado referencial más bien indeterminado y con un componente no poco valorativo, de modo que connota bastante más que denota o describe. Ello quiere decir que a la hora de plasmar el «activismo» de los acusados en la organización se precisa acudir a hechos empíricos que describan esa «actividad». Y ésta es precisamente la función que lingüísticamente desempeñan los actos concretos de «kale borroka», que no pueden por tanto considerarse hechos periféricos y ajenos al núcleo del tipo, sino que son los datos empíricos que se comprenden dentro del sintagma «militancia activa», y más en concreto del término «activo».

4. Los criterios jurisprudenciales que se han venido glosando permiten colegir dos modalidades de acciones principales a la hora de configurar el concepto de miembro activo de una organización terrorista satélite de ETA. La primera lo constituirían los comportamientos de violencia o lucha callejera ejecutados en un contexto de fines u objetivos terroristas, comportamientos que no sólo aparecen configurados por los actos directos, sino también por aquellos otros que intervienen en su preparación o contribuyen a encubrirlos. Y en segundo lugar, habría que subsumir dentro del concepto de miembro activo las conductas consistentes en ejercer actos de dirección o de responsabilidad de los distintos grupos que, a diferentes escalas territoriales y competenciales, forman parte de una organización como SEGI. Fuera de este perímetro conductual nos introducimos ya en espacios mucho más indefinidos, ambiguos y equívocos en los que fácilmente invadimos el marco propio de la figura del mero afiliado o del simple simpatizante de esas organizaciones terroristas vicarias de ETA.

Por lo demás, tal como se precisó en su momento, no parece procesalmente correcto ni adecuado, cuando se trata de describir los hechos delictivos integrantes del «*factum*» de las sentencias, incluir el término «responsable», «mando intermedio», «miembro activo» y otros similares, dada su naturaleza sustancialmente connotativa y valorativa. Son expresiones que ponen en evidencia realmente las carencias denotativas o descriptivas de las resultancias fácticas de las resoluciones judiciales. Sin embargo, la presencia de ese vicio procesal se aprecia con excesiva asiduidad en algunas de las sentencias que resuelven los casos relativos a las conductas de las organizaciones terroristas satélites de ETA.

(...) La entrada en vigor el pasado 1 de julio de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Código Penal en materia de delitos de terrorismo, suscita la cuestión de su posible aplicación a los acusados que resulten condenados en la presente causa, en lo referente al punto concreto del nuevo artículo 579 bis.4. Al tratarse de una norma que pudiera favorecer a los acusados, las defensas de los condenados han informado en la vista oral del recurso sobre la procedencia de la aplicación del referido precepto para el supuesto de que se ratificara la condena. A tales alegaciones y a la procedencia de la operatividad del nuevo precepto no se opuso en su informe el Ministerio Fiscal.

El nuevo artículo 579 bis.4 dice así: «Los jueces y tribunales, motivadamente, atendiendo a las circunstancias concretas, podrán imponer también la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en este Capítulo para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

Estamos ante un subtipo atenuado que el legislador, dada la variedad de casos y de singularidades delictivas que pueden darse en la práctica, ha estimado pertinente implantar para adecuar en la medida de la posible la magnitud de la pena a las circunstancias que se dan en el caso concreto, operando al efecto con el principio de proporcionalidad.

El criterio ponderativo de que se vale la norma es el del injusto del hecho, que habrá de fijarse atendiendo al desvalor de la acción («medio empleado») y al desvalor del resultado («resultado producido»). Es patente que el marco penal de la atenuación delictiva es muy amplio, pues se puede reducir la pena en dos grados, lo que significa que puede descender en este caso desde los seis años de prisión hasta un año y medio.

Pues bien, en el caso de esta recurrente no se ha apreciado una especial gravedad en lo que atañe a los medios utilizados en las actividades propias del grupo que coordinaba en Vitoria. Pues no se ha constatado en la sentencia, como ya se dijo en su momento, que Leocadia haya intervenido en actos de violencia callejera (*kale borroka*), ni tampoco que en la función que desempeñaba en el grupo hubiera impartido directrices relativas a acciones violentas, recogiendo en los hechos que se describen actos relativos a la colocación de carteles o a su distribución para que otros los repartieran. Sin que, por lo demás, conste que se tratara de carteles que incitaran a la violencia.

Así las cosas, no figuran en las actuaciones actos concretos que permitan hablar de un relevante desvalor de la acción. Y otro tanto debe decirse del desvalor del resultado.

En efecto, al no especificarse en la sentencia que la acusada realizara actos de violencia callejera ni que impartiera directrices en tal sentido, no puede inferirse que esta persona y el grupo que coordinaba hayan infundido en la población donde actuaban un miedo colectivo o situaciones de terror o de inseguridad que menoscabaran gravemente los bienes jurídicos que tutela la norma penal: el orden constitucional o la paz pública.

Por consiguiente, si bien debe afirmarse, tal como se anticipó, que la acusada era una militante activa de SEGI en Vitoria, a tenor de la función coordinadora que desempeñaba en la zona, lo cierto es que la conducta que se le atribuye en virtud de la prueba practicada y los resultados derivados de la misma deben ser calificados de escasa gravedad. En virtud de lo cual, el grado de injusto del caso concreto nos lleva a aplicar el artículo 579 bis.4 del C. Penal (redacción de 30 de marzo de 2015), reduciéndose la pena impuesta en la instancia en dos grados, con la individualización punitiva que se determinará en la segunda sentencia.

(STS 716/2015, de 19 de noviembre)