

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO  
Profesor Adjunto de Derecho penal  
UNIR

### ARTÍCULO 14 CP

*Error de prohibición invencible: Asociación dedicada al cultivo de marihuana para su consumo compartido entre los socios figurando registrada en el Ministerio del Interior*

No cabe duda, como ha destacado la doctrina que la evitabilidad del error de prohibición tiene una función decisiva en el régimen establecido en el art. 14 del CP. De acuerdo con éste, el error sobre la antijuridicidad excluirá la punibilidad, cuando haya sido invencible. Invencible es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario determina la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, con la pena del delito doloso, aunque atenuada, según el art. 14.3 CP. Dogmáticamente se entiende que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad: Sea porque, cuando el error es inevitable, el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello.

En relación con esta inevitabilidad el legislador ha tenido que optar entre dos principios: el principio del «conocimiento», que derivaría de la teoría del dolo, es decir del conocimiento de la antijuridicidad; y el principio de la «responsabilidad», o de la posibilidad de ese conocimiento, «es decir de la teoría de la culpabilidad». Así,

conforme al principio de la responsabilidad las personas serán responsables por la corrección de sus decisiones dentro de los límites de su capacidad ético-social. De esta manera la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir porque pudo obrar de otra manera.

La evitabilidad del error, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, presupone que el autor haya tenido, en primer lugar «razones» para pensar en la antijuridicidad, es decir preguntarse por la infracción de la norma, partiendo de circunstancias del hecho que proporcionen al autor un indicio de posible antijuridicidad; y en segundo lugar la «posibilidad» de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. A este respecto, los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita son la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable, como el asesoramiento en un experto jurídico y la Jurisprudencia. Y teniendo en cuenta que el ciudadano no puede cargar con la tarea de realizar una cadena interminable de comprobaciones, para verificar la corrección del consejo jurídico, lo que prácticamente impediría todo comportamiento y resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art. 10.1 CE).

La Jurisprudencia se ha hecho eco de tal doctrina, así por ejemplo en SSTs 2002/2000, de 19 de septiembre, 17/2003, de 15 de enero. Por su parte, la STS n.º 601/2005, de 10 de mayo, señala que «la cuestión de evitabilidad del error de prohibición ha sido planteada generalmente –como precisa la STS 755/2003 de 28.3 antes citada– en relación a errores directos sobre la norma. Los criterios, referentes a la evitabilidad, por lo tanto, se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Pero, el error indirecto sobre la ilicitud de la acción, como se dijo, puede provenir tanto de un error sobre los hechos o sobre la significación normativa del hecho. Aquí no se trata sólo de casos en los que el autor podía informarse de la existencia de la causa de justificación en el orden jurídico, sino también de casos, en los que, en las circunstancias del hecho, cabe exigir al autor una comprobación más o menos profunda respecto de los presupuestos de hecho o de la necesidad de su acción. No obstante para que el error comporte la exención de la responsabilidad criminal es esencial que sea probado por quien lo alega (SS. 20.2.98 y 22.3.2001), y como decíamos en las STS 1171/97 de 29.9 y 302/2003 de 27.2:

a) queda excluido el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (Sentencia de 29 noviembre 1994), de la misma manera y en otras palabras (Sentencia de 16 marzo 1994), que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto; y

b) no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, la STS 11.3.96, afirma que no cabe invocarlo cuando se utilizan vías de hechos desautorizadas por el Ordenamiento Jurídico que a todo el mundo le consta están prohibidas pues su ilicitud es notoriamente evidente.

La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la

naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento». Y en la misma línea la STS n.º 392/2013, de 16 de mayo).

A su vez, la STS n.º 602/2015, de 13 de octubre, precisa que «El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, de 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP 1995) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme. En cualquier caso –recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre–, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud. No se olvide que basta con que el agente tenga conciencia de la probabilidad de la antijuridicidad del acto, para que no pueda solicitar el amparo del artículo 6 bis, a) tal y como se desprende de las Sentencias de 29 noviembre, 16 marzo 1994, 12 diciembre y 18 noviembre 1991, entre otras muchas». Insiste la STS 411/2006, 18 de abril que «no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas» (SSTS 11 marzo 1996, 3 abril 1998), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat*, y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es «notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada» (SSTS 12 noviembre 1986 y 26 de mayo de 1987).

(...) Ello no obstante, en nuestro caso, la exclusión por el tribunal de instancia de la extensión exacerbada de la doctrina del «consumo compartido», como supuesto excepcional de destipificación del delito comprendido en el art. 368 CP, y mantenimiento por tanto de la existencia del delito, evita las objeciones de orden constitucional más arriba citadas. La cuestión se centra ahora, como vimos, en la existencia del error de prohibición y su inevitabilidad. Y decíamos que dogmáticamente se entiende que la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad: Sea porque, cuando el error es inevitable, el autor no ha podido obrar de otra manera, sea porque el autor no tiene a su cargo la evitabilidad, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede ser alcanzado por el mandato normativo, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello, mediante la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable.

(...) En el caso, también, las exigencias jurisprudenciales de que la apreciación del error de prohibición no pueda basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error; y que el análisis deba efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, podemos estimar que se dan.

(STS 571/2016, de 29 de junio)

## ARTÍCULO 31 BIS CP

*Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ausencia de medidas de prevención de delitos por la mercantil recurrente*

a) Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de septiembre de 2015, ha de reiterarse que «Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal».

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.

b) Que, de acuerdo con todo ello y aunque en el presente procedimiento no haya sido materia de debate, ante la carencia absoluta y no cuestionada de instrumentos para la prevención de la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica recurrente, es conveniente señalar, intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que, sin ser necesarias para la decisión sobre las pretensiones aquí deducidas, podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas, que lo que no admite duda, visto el texto legal (art. 31 bis CP, especialmente tras la Reforma de la LO 1/2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.

Así, la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1.º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclu-

sión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una «excusa absolutoria», vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una «excusa absolutoria» ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente.

Núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas «compliances» o «modelos de cumplimiento», exigidos para la aplicación de la eximente que, además, ciertas personas jurídicas, por su pequeño tamaño o menor capacidad económica, no pudieran cumplidamente implementar.

No en vano se advierte cómo la recientísima Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, al margen de otras consideraciones cuestionables, hace repetida y expresa mención a la «cultura ética empresarial» o «cultura corporativa de respeto a la Ley» (pág. 39), «cultura de cumplimiento» (pág. 63), etc., informadoras de los mecanismos de prevención de la comisión de delitos en su seno, como dato determinante a la hora de establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica, independientemente incluso del cumplimiento estricto de los requisitos previstos en el Código Penal de cara a la existencia de la causa de exención de la responsabilidad a la que alude el apartado 2 del actual artículo 31 bis CP.

Y si bien es cierto que, en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida «cultura de cumplimiento» que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una heterorresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo.

Lo que no concebiríamos en modo alguno si de la responsabilidad de la persona física estuviéramos hablando, es decir, el hecho de que estuviera obligada a acreditar la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, la ausencia del exigible deber de cuidado en el caso de las conductas imprudentes, por ejemplo, no puede lógicamente predicarse de la responsabilidad de la persona jurídica, una vez que nuestro Legislador ha optado por atribuir a ésta una responsabilidad de tal carácter.

Y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que «... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP).

El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida.

De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión.

(STS 154/2016, de 29 de febrero)

## ARTÍCULOS 75 Y 76 CP

*Acumulación y refundición de condenas: la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impide un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, sin que por ello sea aplicable la excepción de cosa juzgada*

La regla general de cumplimiento de las penas privativas de libertad viene establecida en el art. 75 del Código Penal que dispone: «cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible». Esta regla general tiene su limitación en el apartado 1.º del art. 76 del mismo texto legal, que dispone: «No obstante lo dis-

puesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarándose extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años», junto a las reglas especiales que siguen a continuación; y el apartado segundo de este artículo, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015, sigue diciendo: «La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar». Por su parte, el artículo 988 de la LECrim, regula el trámite que debe seguir el juzgador al que corresponda refundir las condenas: «Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo prevenido en el art. 17 de esta Ley».

La doctrina de esta Sala (SSTS 1249/1997, 11/1998, 109/1998, 328/1998, 1159/2000, 649/2004, y SSTS 192/2010 y 253/2010, 1169/2011, entre otras muchas, y Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 29/11/2005), ha adoptado un criterio favorable al reo en la interpretación del requisito de la conexidad que se exige en los artículos 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 76 del Código Penal para la acumulación jurídica de penas al estimar que, más que la analogía o relación entre sí, lo relevante es la conexidad «temporal». Y en concreto, el contenido del acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación».

Así pues, deben únicamente excluirse:

1.º) Los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, que lo será en la fecha de la sentencia que resulte más beneficiosa para el condenado; y

2.º) Los hechos posteriores a la sentencia que determina la acumulación.

Ello porque ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso. Habiéndose acordado, como ya hemos dicho, en el Pleno no jurisdiccional de 29 de noviembre de 2005, que a estos efectos no es necesaria la firmeza de la sentencia para determinar el límite de la acumulación.

(...) Con fecha de 3 de febrero de 2016, esta Sala Casacional ha tomado el siguiente Acuerdo de Pleno para la Unificación de Criterios:

«La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impedirá su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

A los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio.»

(STS 900/2016, de 30 de noviembre)

## ARTÍCULO 76.2 CP

*Acumulación de condenas: interpretación de la redacción dada al art. 76.2 CP por LO 1/2015 en relación a la fecha que determina la fecha límite para la refundición: fecha de enjuiciamiento equivale a fecha de la sentencia dictada en la instancia. Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2016*

(...) la reforma operada por la LO 1/2015, otorga una nueva redacción donde se prescinde ya de cualquier tipo de conexión y se atiende a criterios estrictamente cronológicos: la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar; que como indica la STS 139/2016, de 25 de febrero, ha suscitado la reinterpretación del alcance de la acumulación cuando se trata de penas impuestas en distintos procesos, aunque ciertamente algunas resoluciones ya abogaban por el criterio ahora adoptado en el Pleno no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2016, celebrado por esta Sala Segunda al amparo del art. 264 LOPJ, donde se acuerda:

La acumulación de penas deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las otras sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia.

Las condenas cuya acumulación proceda respecto de esta sentencia más antigua, ya no podrán ser objeto de posteriores operaciones de acumulación en relación con las demás sentencias restantes. Sin embargo, si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello.

Es decir, en la formación de bloques, como es tradicional, una vez comprobada la posibilidad de acumulación conforme al criterio cronológico establecido (por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubieran sido en primer lugar), habrá de determinarse si el límite máximo de cumplimiento, fijado conforme al artículo 76 C. Pena (20 años –excepcionalmente en los supuestos previstos 25, 30 o 40, en su redacción actual–; o el triple de la pena más grave), beneficia al penado; en definitiva, si resulta inferior a la suma aritmética de las condenas impuestas en las ejecutorias integrantes del bloque, pues solo en este caso, se acumularán tales condenas, sustituyendo la suma aritmética, por el referido límite (SSTS 854/2006, de 12 de septiembre; 1293/2011, de 27 de noviembre; y 13/2012, de 19 de enero, entre otras). Pues si el resultado que ofrezca esa comparación, le perjudicara, no procedería acumulación alguna en cuanto a las penas integradas en ese bloque.

Como expresa la STS n.º 706/2015, de 19 de noviembre, «aunque la redacción del precepto pudiera haber sido más clara, ha de interpretarse en el sentido de que la acumulación deberá realizarse partiendo de la sentencia más antigua, pues al contenerse en ella los hechos enjuiciados en primer lugar, servirá de referencia respecto de los demás hechos enjuiciados en las demás sentencias. A esa condena se acumularán todas las posteriores relativas a hechos cometidos antes de esa primera sentencia».

Pero ahora, el Acuerdo del Pleno, adiciona la posibilidad de reutilización de la condenas integrantes de bloques no fructíferos, porque los límites previstos en el 76.1, excedieran en su magnitud a la suma aritmética las que integran el bloque; de modo que es viable la formación de bloques donde se incorporen condenas ya ponderadas en bloques previos donde el cotejo comparativo aritmético frustró la acumulación.

Como adelantaba la STS 706/2015, citada, «si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación si entre sí son susceptibles de ello».

En dicho Pleno, también se precisó en cuanto a la expresión enjuiciados, que a los efectos del artículo 76.2 CP hay que estar a la fecha de la sentencia dictada en la instancia y no la del juicio.

Lo decisivo no es la fecha del juicio oral –que puede prolongarse durante semanas o meses– sino la de la sentencia. Una perspectiva teleológica apoya este criterio, este referente temporal es más seguro (es una única fecha) y respeta la literalidad del art. 76.2 actual por cuanto «el término enjuiciados» –se lee en la STS 697/2015, de 10.11–, no implica una diferencia esencial y necesaria respecto del mismo término, siquiera en singular, utilizado en la redacción anterior del artículo 76.2 del Código Penal. En ambos casos el significado no remite ineludiblemente al momento del acto del juicio oral. En efecto, conforme al diccionario RAE la misma voz enjuiciar puede significar «instruir, juzgar o sentenciar». Además evita un problema burocrático, pues en los registros públicos no consta la fecha del juicio que habría que buscar en los antecedentes de la sentencia (donde no siempre figura).

Explica las razones que justifican este acuerdo, más detenidamente, la STS 144/2016, de 25 de febrero:

De seguridad jurídica: la fecha de la sentencia consta con certeza en la certificación de antecedentes penales, y es fija, mientras que la del enjuiciamiento es en ocasiones más difícil de localizar y además puede ser variable. En los casos en los que el juicio comienza en una determinada fecha y concluye días después, pueden plantearse problemas interpretativos entre utilizar una u otra fecha, que generarían una nueva perturbación en una materia ya bastante compleja.

De coherencia jurisprudencial. En efecto, no se aprecian motivos de fondo para que el Legislador modifique, sin argumentación alguna en la exposición de motivos, un criterio jurisprudencial consolidado en esta materia, que tras diversas controversias se reafirmó mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 29 de noviembre de 2005 según el cual «no es necesaria la firmeza de la sentencia para el límite de la acumulación».

Es la interpretación más favorable para el reo. En el supuesto de un hecho delictivo cometido después de celebrado el juicio, pero antes de la sentencia, la interpretación tradicional permite la acumulación, pero la interpretación literal de la reforma no la permite. Esta condición de norma desfavorable provocaría serios problemas de retroactividad. En primer lugar habría que diferenciar dos modelos de refundición, uno para las refundiciones anteriores a la reforma, que tomaría como referencia la fecha de la sentencia y otro para las posteriores, que partiría de la fecha del juicio.

Pero esta solución tampoco resolvería el problema, pues la reciente doctrina constitucional (STC 261/2015, de 14 de diciembre), en un supuesto similar, puede conducir a diversas interpretaciones sobre la fecha de aplicación de la irretroactividad (la de la refundición o la de la primera condena). En definitiva, se daría lugar a una accentuada e innecesaria complejidad.

En consecuencia, adoptar una interpretación literal de «fecha de enjuiciamiento» como «fecha del juicio», conduce a una situación manifiestamente disfuncional, que

debe ser evitada en una materia tan delicada en la que está en juego el tiempo de privación de libertad de los penados, por lo que debe adoptarse la interpretación de «fecha en la que los hechos fueron sentenciados».

(...) Pero además, de esta reutilización, en un escalón evolutivo jurisprudencial más, en la interpretación favorable al penado, a partir de la reconsideración del art. 76.2 propiciada por su nueva redacción sobre la locución utilizada en referencia restringida a las condenas que integren el objeto de la efectiva acumulación, permite atender en modificación de una jurisprudencia anterior (p. e. STS 408/2014, de 14 de mayo, ciertamente distante de ser pacífica, que era el criterio también seguido en la Circular FGE 1/2014) a la viabilidad de que sea posible la elección de la ejecutoria que sirva de base a la acumulación, en cuanto el texto normativo predica la exigencia del requisito cronológico de los que fueron objeto de acumulación, pero ninguna exigencia más a cómo debe formarse ese bloque, ni que la exigencia cronológica además de observarse internamente entre las ejecutorias que integren el bloque, también suponga que no existe posibilidad de bloques acumulativos con condenas de fechas precedentes.

Así, la STS 139/2016, de 25 de febrero, tras incidir que la interpretación sustantiva del sistema de acumulación jurídica no puede prescindir de determinados valores constitucionales como son los principios proclamados en el artículo 15 CE relativo a las penas inhumanas, el artículo 25 que proclama que las penas privativas de libertad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y el propio artículo 10.2 que obliga a la interpretación conforme a los tratados y acuerdos internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos (así, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 49.3, proclama que la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción); destaca que el enjuiciamiento de los hechos pende en muchas ocasiones de circunstancias o contingencias aleatorias y por ello ajenas a la responsabilidad de los propios penados y que incluso pueden conculcar el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) y si bien no puede corregirse absolutamente cuanto más flexible sea la posibilidad combinatoria se reducirá el margen de aleatoriedad.

Y tras contemplar en el supuesto concreto analizado, que resultaba la posibilidad de acumular formando bloques a partir de la primera de las sentencias ordenadas en atención de su antigüedad, del cuadro de ejecutorias, pero también resultaba posible la formación de un bloque a partir de la segunda, que resulta más beneficioso aunque dejaba fuera del bloque a esa primera sentencia, siendo que todas las así acumuladas en esta segunda alternativa, cumplimentan las exigencias del art. 76.2, concluye: teniendo en cuenta lo señalado en el fundamento precedente, esta alternativa combinatoria, que es evidentemente más favorable para el penado y cumple las reglas fijadas en el mismo, pues todos los hechos son anteriores a la sentencia de referencia y ninguno de ellos ha sido sentenciado con anterioridad, no es incompatible con la regla 2.ª del artículo 76 CP tal como hemos señalado. Siendo ésta la opción más favorable para el penado y comprendiendo las sucesivas operaciones de acumulación la totalidad de las ejecutorias pendientes debemos acoger la misma, lo que equivale a estimar solo parcialmente el motivo del Ministerio Fiscal por cuanto frente a lo resuelto por el Juzgado de ejecutorias la sentencia de fecha más antigua debe quedar fuera del bloque acumulado y cumplirse independientemente.

Conclusión que parte del enunciado de que cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las

potencialmente acumulables sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso .

De igual modo la STS 142/2016, de 25 de febrero, coincidente con este criterio interpretativo del art. 76.2, indicaba:

La esencia de esta interpretación consiste en la búsqueda de la solución combinatoria que más beneficio objetivo represente para el penado. Siempre que se adecue al canon legal, pero advirtiéndole que éste no se dirige a imponer un método de formulación de combinaciones que parta necesariamente de la más antigua de las sentencias de entre todas las que condenaron al penado. Esa fecha de sentencia que es relevante es la de la más antigua de aquéllas que efectivamente se incluye en el listado de cualquiera de las combinaciones. Es decir, la Ley 1/2015 no ha querido fijar prioritariamente un método de cálculo para componer la acumulación obligando a comenzar por las acumulaciones posibles a la más antigua de las sentencias condenatorias sufridas por el penado. Lo que pretende es imponer un límite al resultado de todas y cada una de las combinaciones que efectivamente se puedan llevar a cabo.

Otra interpretación supone, contra reo, transformar lo que es la voluntad legal dirigida a ampliar la autorización que implique una disminución del tiempo de condena en una imposición restrictiva que se traduzca en mayor tiempo de cumplimiento.

También, la STS 219/2016, de 15 de marzo, concurrente con el anterior pronunciamiento, establece cual es el criterio determinante de la elección entre las diversas alternativas que los diferentes bloques formados a partir del conjunto de las ejecutorias del penado, con observancia de las exigencias del art. 76, posibilitan: siendo posible establecer más de un bloque de condenas a refundir, deben valorarse también las condenas que deben ser cumplidas separadamente por el penado, para determinar la combinatoria más favorable al mismo.

Criterio en el que abunda, la STS 153/2016, de 26 de febrero, cuando afirma que cabría rechazar cualquier acumulación cuyo resultado fuera menos favorable que otra posible, la interpretación de la nueva regulación no debería impedir que, tras un primer intento de acumulación, (o varios, en su caso), se acuda a otras distintas posibilidades, si resultan más favorables para el penado, criterio que resultaría aplicable en atención a la finalidad de la norma, orientada a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal. Siempre respetando el límite antes mencionado, es decir, siempre que todos los hechos por los que han recaído las distintas condenas sean anteriores a la sentencia más antigua de las que concretamente se acumulan.

De modo, que en esa búsqueda de la acumulación con resultado más favorable, el criterio cuantitativo del cotejo, no es, en cada caso, el límite resultante de los bloques efectivamente acumulados, sino de esa cifra más la suma de las penas que deban ser cumplidas independientemente; es decir el tiempo total que tras la combinación elegida el penado deba cumplir.

Claro está, siempre que se cumplan dos requisitos:

i) Cronológico: los hechos de las sentencias que se acumulan han de ser anteriores a la fecha de la sentencia que sirve de base a la acumulación; sentencia base que a su vez es de fecha anterior a las sentencias que a ella se acumulen; y

ii) Continuidad: no es dable excluir, en el bloque así formado a partir de la sentencia elegida como base de la acumulación por resultar más favorable, ninguna ejecutoria de las incluidas en la hoja histórico-penal del condenado, que cumplan en relación con la misma, el anterior requisito cronológico; pues en otro caso, se potencia la posibilidad de la generación de un patrimonio punitivo, en el sentido de que, en algún momento, pudiera delinquir nuevamente sabiendo que no cumplirá la pena.

Tal situación debe ser evitada, siempre que sea posible. Aunque, como recuerda la STS 706/2015, de 19 de noviembre, no siempre lo será. El delincuente que ha cometido ya al menos tres delitos sin haber sido enjuiciado ninguno de ellos, sabe, o puede saber, que respecto de los nuevos delitos que cometa antes de ser enjuiciado por los anteriores es muy posible que, en algunos casos, ya no deba cumplir la pena asociada a los mismos, precisamente por la acción de las previsiones del artículo 76.2 del Código Penal. Pero ello, se acrecienta notablemente y lo aproximaría a niveles de certeza, si sabe que la potencial condena ulterior con mayor pena, puede ser escindida con facilidad, del bloque a formar para determinar el límite de cumplimiento.

Como destaca la STS 367/2015, de 11 de junio, de ningún modo el resultado de la acumulación, puede constituir a los ya sentenciados en poseedores de un patrimonio punitivo que les provea de inmunidad o de una relevante reducción de penalidad, para los delitos futuros, es decir los que puedan cometer después del cumplimiento de su condena, o durante la misma tanto en caso de quebrantamiento como de delitos ejecutados durante los permisos o en el interior de la prisión, esto es para aquellos delitos que sin ser susceptibles de acumulación, rebasarán el límite del art. 76, lo que sería injusto y atentaría a los principios que rigen el proceso penal (STS 798/2000 de 9 de mayo), insistiéndose en que tales límites no pueden operar como garantía de impunidad para el futuro, aunque se hayan agotado los límites máximos establecidos con carácter general por la Ley para las penas privativas de libertad (STS 135/99, de 8 de febrero).

(STS 339/2016, de 21 de abril)

### ARTÍCULO 77.3 CP

#### *Concurso Medial de Delitos y Disposición Transitoria Segunda LO 1/2015*

Desde esta consideración jurisprudencial, debe observarse que la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 no ha abordado ninguna modificación penológica respecto del delito de estafa o del delito de falsedad en documento mercantil, manteniéndose ante la antijuridicidad de ambas conductas un idéntico reproche que el que ya existía en la redacción anterior. De igual modo, el legislador ha mantenido idéntica opción punitiva para los supuestos de reiteración de delitos cuando concurren los requisitos que permiten la apreciación del delito continuado del artículo 74 del Código Penal. Y si bien el nuevo artículo 77.3 ha supuesto una revisión del marco de pena establecido para los concursos mediales en el sentido antes descrito de haber pasado de exigir que se impusiera la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior, a preceptuar que se imponga una pena superior a la de esta infracción de mayor entidad, debe observarse que la reforma no responde a que nuestro legislador haya considerado conveniente la disminución de la punición anteriormente prevista, sino que ha optado por reconocer un mayor margen de discrecionalidad judicial para individualizar la pena que puede resultar oportuna en cada caso concreto. El concurso medial (también llamado concurso teleológico o instrumental), es un concurso ideal impropio en la medida en que –como en el concurso real puro– se dan en él una pluralidad de acciones con diversos resultados típicos y su proximidad con el concurso ideal puro reside en que los resultados delictivos del concurso medial derivan también de una unidad de pensamiento y voluntad. La reforma legislativa que se

trae a colación se caracteriza por introducir un régimen de punición en el que se faculta al juez a recorrer un marco de penas que irá, desde considerar la práctica irrelevancia punitiva del delito de menor gravedad cuando se opte por imponer la pena superior en un solo día a la prevista para el delito más grave (STS 863/2015, de 30.12), hasta entender que la unidad de pensamiento no aporta un contenido sustancial que justifique una punición privilegiada de los delitos cometidos, supuesto en el que la punición separada coloca al delito instrumental en un plano de reproche semejante al concurso real puro.

De este modo, la revisión que pretende el recurso resulta inalcanzable por el doble motivo de que: 1) la pena impuesta en su día es pena alcanzable en el marco penal actualmente vigente y 2) La modificación del marco penológico previsto en el artículo 77.3 del CP para el concurso medial, no comporta una alteración de los condicionamientos normativos que limite imperativamente al juez en el espacio de individualización de la pena que afecta al recurrente, sino que precisamente lo que ha potenciado es la discrecionalidad judicial, estando esta discrecionalidad fuera del análisis de contraste en el que la Disposición Transitoria Segunda asienta la revisión (SSTS 633/2012, de 19.7 o 290/2013, de 16.4).

(...) La doctrina de esta Sala, sin embargo, también ha mantenido otra posible lectura de la Disposición Transitoria Segunda respecto de su cláusula de no posibilitar la revisión de penas que sean también imponibles conforme a la ley reformada. En ella, la Sala ha sostenido que el término «pena imponible», no debe ser entendido como «pena posible o alcanzable» dentro del nuevo marco legal punitivo, sino como «pena precedente», de suerte que la comparación penológica no debe hacerse observando sólo el marco normativo derogado y vigente, sino considerando además los elementos fácticos concurrentes en el relato histórico de la sentencia cuya revisión se pretende.

Esta orientación jurisprudencial se ha justificado desde el triple argumento de que: 1) Corrige efectos perversos de agravios comparativos entre diversos partícipes del delito, como por ejemplo, cuando unos se han visto beneficiados por una rebaja de pena por su colaboración con la Justicia, en comparación con otros inculpadados que no se hayan comportado del mismo modo; supuesto en el que todos ellos pueden quedar injustamente igualados, por resultar improcedente la revisión para los primeros en atención a que su pena concreta sea realmente imponible conforme a la nueva ley, mientras que los otros se vean igualados por un ser su pena inalcanzable y, por ello, revisable, 2) Cualquier otra interpretación supondría un tratamiento discriminatorio respecto de los penados cuya sentencia no sea firme, para quienes sí está previsto una adaptación a la nueva legalidad en la disposición transitoria tercera de la L. O. 1/2015 y mostraría que el único sustento de la diferenciación fuera que unas causas hubieran tenido una tramitación más rápida y 3) La proporcionalidad, que aunque sea un principio no expresamente recogido en la Constitución, conforme a la doctrina constitucional y jurisprudencial, tiene vigencia en nuestro sistema jurídico penal y debe manifestarse tanto frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, como ante el juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena (STS 976/2011, de 21.9, 564/2012, de 5.7 o 290/2013, de 16.4). De esta manera, se permitiría la individualización de la pena cuando, por cualquier razón, los criterios o principios sobre la imposición de la misma resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad.

(...) Lo expuesto determina la improcedencia del recurso, pues no sólo la pena que en su día se impuso al recurrente es pena imponible conforme a las nuevas previsiones del Código Penal, sino que si la pena se contempla desde el nuevo redactado, se ajusta plenamente a las circunstancias de los hechos que fueron sentenciados, mos-

trándose de adverso plenamente inadecuado que la comisión de la estafa por el acusado y su reiteración, se saldara con el banal incremento de pena que propone el recurrente de 1 solo día de prisión y 15 euros más de multa.

(STS 346/2016, de 21 de abril)

## ARTÍCULO 101 CP

*Internamiento en centro psiquiátrico: la medida de internamiento en centro es aplicable cuando se comete un delito con pena privativa de libertad, exista una recomendación terapéutica que acredite su validez y sea necesaria su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social*

Como ya se ha destacado en reiteradas resoluciones de esta Sala, la mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, pues no sólo contemplan la imposición de una pena en supuestos de perpetración de una infracción penal, sino que prevén la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales cuando el sujeto activo del delito presenta determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad de reiteración y, además, que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales (SSTS 345/2007, de 24-4, 1019/2010, de 2-11 o 124/2012, de 6-3). Unas medidas de seguridad que «se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito» (art. 6.1 del Código Penal), pero con sujeción en todo caso, al principio de legalidad, en la medida en que el artículo 1.2 del texto punitivo dispone que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente en la ley».

La jurisprudencia de esta Sala (STS 603/2009, de 11 de junio, entre otras) ha destacado también que el respeto de la previsión legal impone la concurrencia de tres exigencias ineludibles para la imposición de una medida de seguridad, más concretamente: A) La comisión de un hecho previsto como delito (art. 95.1 Código Penal); B) La condición de inimputable (arts. 101.1, 102.1, 103.1 y 105 Párrafo 1) o semi-imputable (art. 99 y 104) de su autor y C) La acreditación de una probabilidad de comisión de nuevos delitos por el mismo, es decir, la apreciación de una objetiva peligrosidad delictiva del autor, que –como se destaca en la STS 482/2010, de 4 de– resulta oportuno evaluar desde un doble juicio: i) el diagnóstico de peligrosidad, que se fundaría en el actuar peligroso para la sociedad, ya patentizado por la satisfacción del primero de los requisitos indicado (art. 6.1 del Código Penal), pero de distinto alcance según la naturaleza y circunstancias del delito cometido y ii) el pronóstico de comportamiento futuro, que supone una evaluación de las posibilidades de que el observado vuelva a cometer hechos dañinos para la sociedad, según se recoge en el art. 95.1.2.º del Código Penal.

No obstante, para la concreta imposición de la medida de seguridad de internamiento, por su naturaleza privativa de libertad, viene a añadirse la exigencia de que el delito cometido tenga asignada una pena privativa de libertad (arts. 6.2, 95.2, 101.1, 102.1, 103.1 y 104.1) y que se justifique tal privación. Una justificación que exige el mayor compromiso valorativo del juez, considerando la constante doctrina constitu-

cional que impone un deber reforzado de motivación en todos aquellos supuestos en los que el pronunciamiento judicial afecte a derechos fundamentales (SSTC 86/1995, 128/1995, 62/1996, 170/1996, 175/1997 ó 200/1997 entre muchas otras) o cuando la resolución atañe «de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico» (STC 81/1997, con cita STC 2/1997).

Debe destacarse también que esta valoración ha de realizarse desde la ponderación de los dos elementos que pueden constitucionalmente legitimar la adopción de la medida de internamiento que se analiza, esto es, la existencia de una recomendación terapéutica o educativa que muestre la mejor validez del internamiento para la búsqueda de la salud, la rehabilitación o la reinserción social del delincuente por un lado y, por otro, la necesidad fundada de su adopción para una eficaz protección de la víctima o del colectivo social, en atención a la propia peligrosidad del autor del delito (SSTS 345/2007, de 24-4 y 124/2012, de 6-3). Ambas razones son contempladas en el texto punitivo (art. 101.1, 102.1, 103.1 CP) al facultar el internamiento de incapaces o semi-incapaces, cuando «fuera necesario», habiendo declarado el TEDH (sentencia TEDH de 24 de octubre de 1979 –caso Winterwerp–, reiteradas en las de 5 de noviembre de 1981 –caso X contra Reino Unido– y de 23 de febrero de 1984 –caso Luberti–) que la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico y en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto, se configura como una restricción legítima del derecho a la libertad contemplada en el artículo 5.1.e del CEDH, siempre que se cumplan una serie de exigencias, asumidas por nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988, 129/1999, de 5-7), que se concretan en: a) Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real, b) Que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento y c) Dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

Es evidente que la legitimación del internamiento pasa así por la evaluación judicial de cada caso concreto, lo que entraña apreciar si concurren motivos que justifiquen la privación de libertad y si coexisten con circunstancias que muestren la conveniencia de su adopción. Y si la justificación terapéutica del internamiento descansa en la mayor parte de las ocasiones en que el internamiento facilite, en mejor medida que una atención ambulatoria, una actuación médico-asistencial que favorezcan la curación o la reinserción del enfermo o que prevenga la realización por su parte de actos autolesivos, la justificación preventivo general no sólo precisa que el padecimiento psíquico haya sido determinante en la comisión de la acción delictiva ya perpetrada (diagnóstico), sino la realidad de un pronóstico que debe conjugar, tanto la probabilidad de reiteración de crisis semejantes, como el riesgo de que confluayan de nuevo en graves ataques a bienes jurídicos de singular valor y protección. En todo caso, una justificación del internamiento así analizada, debe además venir acompañada de una ponderación de necesidad, entendida como la adecuada correspondencia entre la limitación del derecho a la libertad que va a imponerse al afectado por un lado y la potenciación que puede lograrse de los beneficios que justifican el internamiento, en confrontación con la satisfacción de estos beneficios que se obtendría dispensando un tratamiento psiquiátrico de un modo menos lesivo para los derechos individuales de enfermo.

Ciertamente, en el caso enjuiciado, no es la indicación terapéutica la que sirve de justificación para el necesario internamiento que el recurso sostiene, pues el relato fáctico de la sentencia de instancia –que ha de ser respetado en virtud del cauce casacional elegido– describe que «Encarna se encuentra aquejada de un trastorno esquizoafectivo que le causa interpretaciones delirantes de perjuicio»; lo que el Tribunal de instancia complementa con su juicio valorativo de los informes periciales (FJ 5), indicando que tales dictámenes «no permiten afirmar de forma tajante que con medicación la ideación paranoide desaparezca, que realmente no se sabe si es así, o simplemente con dicha medicación el enfermo lo que controla son sus impulsos logrando inhibir un comportamiento que en el caso de la acusada han llegado a ser violentos».

Tampoco descansa la decisión de internamiento en la necesidad de prestar protección a la acusada respecto de sus propios comportamientos. Los brotes psicóticos que sufre no conducen a conductas autolesivas, sino peligrosas para terceros; lo que el Tribunal plasma en sus hechos probados indicando que la enfermedad entraña «interpretaciones delirantes de perjuicio» y que «El acto agresivo fue la reacción incontrolada e incontrolable de la acusada a una interpretación delirante...». El convencimiento se alcanza desde la consideración del informe pericial de los doctores Srs. Jesús y Leovigildo, que dictaminaron que los delirios son de contenido persecutorio, referencial y de perjuicio (como sufrir envenenamiento, difamación, insultos, amenazas, violación o suplantación) y de la psiquiatra penitenciaria, que sostiene no sólo una realidad psicótica «con contenido de perjuicio por parte de los demás», sino que añade que se conduce como una «angustia por sentirse amenazada que le lleva a conductas de riesgo».

Es pues una razón preventivo general, o de protección colectiva, la que reclamaría –y así lo sostiene el recurso– que deba adoptarse la medida de seguridad de internamiento en un centro psiquiátrico adecuado al tratamiento de la acusada y que deba anularse la decisión del Tribunal de instancia que optó por someterla a un tratamiento ambulatorio con control trimestral y a la medida de seguridad añadida de custodia familiar.

Y la pretensión debe ser acogida por la Sala, pues por más que la opción entre las medidas de seguridad corresponda al Tribunal de instancia, la decisión ha de ajustarse a los criterios rectores de la discrecionalidad judicial a los que se ha hecho referencia, pudiendo la casación revisar el pronunciamiento, no sólo cuando se haya adoptado una medida de seguridad inadmisibles o manifiestamente arbitraria, sino además en todos aquellos casos en los que se hayan tenido en consideración factores de la individualización incorrectos.

(...) Así pues, la justificación del internamiento en centro adecuado para el tratamiento psiquiátrico de la acusada, como mecanismo que compatibilice sus intereses sanitarios y la seguridad colectiva, no sólo descansa en este caso en la constatación –ya expuesta– de que la acusada perpetró un grave ataque contra la vida de una persona por una ideación delirante y de perjuicio y que es susceptible de reproducirse por no tener cura su padecimiento psiquiátrico, sino porque confluye con un marcado pronóstico de poder reiterarse de manera igualmente violenta. Su historial médico muestra plurales episodios de descompensación psicótica en los últimos años, todo ellos acompañados de una falsa ideación de perjuicio, que desembocan en una reacción agresiva que la acusada vive con gran frialdad, según el dictamen pericial de la psiquiatra penitenciaria y que el Tribunal de instancia refleja en el propio relato fáctico con expresiones de «reacción incontrolada e incontrolable» o «careciendo de capacidad de control de sus actos».

Y en referencia a la necesidad de la medida, debe observarse que si bien la medicación actual ha normalizado su comportamiento, existen tres elementos que pueden revertir la situación y conducir a una descompensación de riesgo: 1) La inobservancia del tratamiento; 2) Una eventual insuficiencia sobrevenida de la pauta farmacológica actualmente prescrita, que en el caso enjuiciado se representa objetivamente factible a la vista de los plurales cambios de medicación y dosis introducidos en el tratamiento de la acusada y reflejados en el historial médico que la sentencia destaca en su tercer fundamento jurídico y 3) La influencia como desencadenantes de descompensaciones psicóticas que pueden tener otros factores externos, aún a pesar de una suficiencia farmacológica previa, como es el caso de las situaciones de estrés a las que hace referencia el informe pericial psiquiátrico-penitenciario. Todos estos elementos de descompensación probable, evidencian que el internamiento es el único instrumento que permitirá la detección, el tratamiento y la superación de futuros nuevos brotes psicóticos que pudieran llegar a producirse, sin riesgo colectivo alguno; sin que el tratamiento periódico-ambulatorio externo y la custodia familiar, alcancen a conjurar el riesgo de descompensación incontrolada y de la reiteración delictiva que puede acompañarle, pues no sólo no definen quién y cómo se garantiza que la medicación se administre con la periodicidad indicada, ni como se solventarán las eventuales descompensaciones que pudieran sobrevenir entre los momentos en los que la medicación haya de ser suministrada o entre las visitas psiquiátricas (caso de que la medicación se administre por simples prácticos), sino que las deficiencias no pueden compensarse con la fijación de la medida de seguridad de custodia familiar, pues no se ha evaluado si hay alguien en condición y voluntad de desempeñarla, no se prevé tampoco cómo habría de ejercerse y, fundamentalmente, se ha constatado su ineficacia, considerando para ello que la estructura familiar de soporte ha resultado inoperante ante los abandonos voluntarios de la medicación por la acusada y que su padre declaró –y la sentencia de instancia lo recoge expresamente en su fundamento jurídico quinto–, que no notó nada anormal en su hija, cuando subió al piso inmediatamente después de ejecutar su ataque.

(STS 728/2016, de 30 de septiembre)

## ARTÍCULO 177 BIS CP

*Trata de seres humanos. Concepto de trata. Elementos. Delitos contra los trabajadores: explotación de prostitutas en clubs de alterne: situación asimilada a la relación laboral: aplicabilidad del tipo penal*

Los elementos que se derivan de la citada definición convencional, traspuesta a nuestro art. 177 bis del Código Penal, resultan ser para el tipo básico: a) La acción consiste en un comportamiento objetivo definido como captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar personas, con cualquiera de las finalidades establecidas. b) El empleo de determinados medios que se precisan, como son el empleo de violencia, intimidación o engaño; el abuso de una situación de superioridad o de necesidad, o de la vulnerabilidad de la víctima. El empleo de los medios descritos hace irrelevante el consentimiento de la víctima (núm. 3 del precepto). En todo caso, cabe señalar que el núm. 2 del art. 177 bis excluye además la relevancia de los medios comisivos cuando las acciones se llevan a cabo respecto de menores de edad y con fines de explotación, supuesto que nos ocupa. c) El elemento subjetivo del delito está constituido por las

finalidades típicas, concretadas a la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad (supuestos de trata para explotación laboral); la explotación sexual, incluida la pornografía (supuestos de trata para explotación sexual); y la extracción de sus órganos corporales. Dado que se trata de una figura de mera actividad, se consume cuando se cumple la acción típica, con independencia de que se haya o no producido la situación de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos. El art. 177 bis. 2 recoge una figura específica cuando se lleva a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación por cualquiera de las acciones indicadas en el art. 177 bis.1 CP, aún cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados por este último precepto. Así, el número 4. b) comprende un subtipo agravado por razón del sujeto pasivo, si la víctima es menor de edad, que debe apreciarse en este caso, aclarando que, por «niño/a», se entenderá toda persona menor de 18 años. Tal como expuso el Ministerio Fiscal en el trámite de informe en el acto del juicio oral, debemos distinguir la inmigración ilegal transnacional que no conlleva la finalidad de la explotación, de la trata de seres humanos que implica la explotación, y además hay que matizar que en la primera existe consentimiento, y en la segunda, o no existe o se obtiene de forma viciada, y a ello se ha de unir la problemática añadida que muchas veces se da cuando la víctima no es consciente de que está siendo objeto de trata. Se sigue diciendo que con este delito se ataca directamente la dignidad y libertad de las víctimas, se las cosifica, y en concreto, tratándose de menores de edad, los medios comisivos (violencia, etc.) son irrelevantes y conforme al artículo 177 bis apartado 9.ª, la pena se impondrá sin perjuicio de los delitos efectivamente cometidos, tratándose de un delito de mera actividad. La misma ley 5/2010 modificó el artículo 188 del Código penal, y en concreto en su apartado 2 condena al que induzca a la prostitución a una persona menor de edad. Así, el artículo 188.1 en su primer párrafo castiga al que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. En su párrafo segundo establece la misma pena para el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. El apartado 2 del artículo 188 incluye un subtipo agravado relativo a cuando las mencionadas conductas se realizan sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución. Se ha calificado como concurso medial, siguiendo el criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2014, (STS n.º 53/2014), que vino a analizar la situación concursal entre ambos tipos delictivos, art. 177 bis, trata de seres humanos con fines de explotación sexual y art. 188, explotación posterior de la prostitución de la persona víctima de la trata, exponiendo lo siguiente: «... el párrafo nueve del art. 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art. 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Nos encontramos, en consecuencia, ante un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues 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. Pero lo cierto es que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una acción preparatoria de la explotación posterior, explotación que materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Es precisamente el riesgo de explotación sexual lo que determina la elevada penalidad prevista en este tipo delictivo, máxime cuando se trata de menores, en cuyo caso la finalidad califica por sí misma la acción delictiva como trata de seres humanos, sin necesidad de haber utilizado los medios coactivos

previstos en el párrafo primero del precepto. En consecuencia, 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. Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial».

Ciertamente, en los hechos probados se recoge una conducta de transportar y trasladar a las menores con un fin de explotación sexual, que efectivamente se produjo, concurriendo la agravación de que las víctimas son menores, por lo que ha sido correcta la aplicación de los tipos delictivos de los arts. 177 bis, 188.1 y 2 CP en concurso medial tal como ha sido apreciado por la Sentencia recurrida.

Las razones expuestas por el Tribunal de instancia para explicar la subsunción típica realizada son acordes con la jurisprudencia de esta Sala, a la que también se hace referencia en dicho razonamiento.

Efectivamente, las Sentencias 827/2015, de 15 de diciembre y 53/2014, de 4 de febrero, recuerdan que el apartado segundo del art. 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), se consideraran trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Esta norma procede del art. 3.º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo: a) Por «trata de personas» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará «trata de personas» incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por «niño» se entenderá toda persona menor de 18 años. El artículo 177 bis del Código Penal fue introducido por la reforma operada en ese cuerpo legal por la LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese mismo año. En la Exposición de motivos se expresaba: «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. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos. Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren.

Como se señala por el Tribunal de instancia, en este precepto se castiga la trata de seres humanos, enumerando como conductas típicas la captación, el transporte, el traslado, el acogimiento, la recepción o el alojamiento, habiéndose incluido por la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, el intercambio o transferencia de control sobre esas personas. Se exige la concurrencia de distintas finalidades, entre ellas la de explotación sexual, pero refiriendo como medios comisivos el empleo de violencia, intimidación o engaño o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Si bien en su apartado segundo se dispone que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. La descripción típica prevé que la conducta se ejecute en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella. En el apartado cuarto se dispone que se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero cuando la víctima sea menor de edad y en el apartado noveno se dispone que, 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.

(STS 270/2016, de 5 de abril)

## ARTÍCULO 241 CP

*Robo en casa habitada o en sus dependencias: características que debe tener la dependencia para considerarse casa habitada. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda TS de 15-12-2015: los garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características de contigüidad, cerramiento, comunicabilidad interior o interna y unidad física*

Proyectado sobre el caso de los garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, debe concluirse que le son predicables las circunstancias que sustentan la especial protección de las dependencias de casa habitada:

– incremento del posible riesgo para las personas moradoras de las diversas viviendas del edificio donde el garaje se ubica, dada su inmediata proximidad y posibilidad de coincidencia en el curso de la perpetración delictiva; tratándose además del emplazamiento de todo el inmueble donde más desprotegidos se encuentran los moradores;

– potencial afectación a su intimidad, no solo por la inmediata proximidad del domicilio, sino por estar necesariamente conectada con la intimidad domiciliaria, a modo de prolongación de la misma, por la necesaria exhibición de horarios de llegada y salida, paquetes y bultos que se portan o quiénes fueren los acompañantes; que en el uso normal del garaje restan reservados para quienes no tienen acceso autorizado al mismo.

(...) Consecuentemente, y como se concluyó en el Pleno de esta Sala Segunda de 15 de diciembre de 2015, los garajes comunes sitos en edificio de propiedad horizontal, tienen la consideración de dependencia de casa habitada, siempre que tengan las características siguientes:

- a) contigüidad, es decir, proximidad inmediata, absoluta, extrema o directa con la casa habitada; que obviamente puede ser tanto horizontal como vertical;
- b) cerramiento, lo que equivale a que la presunta dependencia esté cerrada, aunque no sea necesario que se halle techada ni siquiera murada;
- c) comunicabilidad interior o interna entre la casa habitada y la presunta dependencia; es decir, que medie, puerta, pasillo, escalera, ascensor o pasadizo internos que unan la dependencia donde se comete el robo con el resto del edificio como vía de utilizable acceso entre ambos.
- d) unidad física, aludiendo al cuerpo de la edificación.

(STS 972/2016, de 21 de diciembre)

## ARTÍCULO 252 CP

### *Apropiación indebida: distracción de dinero y relación con el delito de administración desleal*

(...) las conductas consistentes en una actuación como dueño sobre dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial, recibidos por alguno de los títulos mencionados en el precepto, se consideraban incluidos en el artículo 252, como distracción o como apropiación, y no en el artículo 295, que se aplicaría solo a los casos de actos de administración causantes de perjuicio en las condiciones previstas en ese tipo.

En la actualidad, ya vigente la reforma operada en el C. Penal por la LO 1/2015, la cuestión presenta otros perfiles. En la STS n.º 700/2016, de 9 de setiembre, con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo, se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio. En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253.

En definitiva, se entiende que constituirán delito de apropiación indebida los actos ejecutados sobre los bienes recibidos por alguno de los títulos típicos, que tengan significado o valor apropiativo, mientras que constituirán delito de administración desleal aquellos otros que supongan un uso inadecuado de los bienes sobre los que se tienen facultades para administrar, mediante un exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

(...) 1. El recurrente plantea dos cuestiones. De un lado, si el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero y el delito de administración desleal del artículo 295 pueden ser cometidos por omisión, dado que se trata de delitos de infracción de deber, concretamente del deber de lealtad para con el titular del patrimonio administrado. Esta configuración de este delito era posible respecto de la administración desleal del artículo 295 (STS n.º 765/2013, de 22 de octubre), y sigue siendo posible en la actualidad en relación con el artículo 252, en el que se hace una referencia expresa a la infracción de las facultades encomendadas para administrar un patrimonio ajeno, que contienen como reverso la obligación de administrarlo con lealtad para con su titular. Puede citarse a estos efectos, como referencia de las obligaciones del administrador, el artículo 227 de la Ley de Sociedades de Capital, que dispone: 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad. Completado por lo dispuesto en el artículo 228 y concordantes.

Con carácter general, la cuestión debe ser respondida afirmativamente, pues, desde el punto de vista teórico, los delitos de infracción de deber se cometen ordinariamente mediante la omisión del acto debido. La causación de un perjuicio, prevista en el tipo, puede tener lugar por una conducta tanto activa como omisiva. En la redacción actual del artículo 252, pudiera plantear algún problema interpretativo la expresión típica «excediéndose en su ejercicio», que parece referirse a una conducta activa. Sin embargo, en principio, las facultades para administrar comprenden tanto la posibilidad de adoptar una decisión de hacer como de no hacer. La decisión de no hacer es igualmente ejercicio de la facultad de administrar, puede considerarse un exceso, según el caso, y puede ser el origen del perjuicio.

Sin embargo, la cuestión no presenta la misma claridad en lo que se refiere al artículo 252 anterior a la reforma operada por la LO 5/2010. Pues aunque, como ya se dijo más arriba, una parte de la jurisprudencia, desde la STS n.º 224/1998, de 26 de febrero, entendía que en ese precepto se contemplaba una figura de administración desleal al estilo del artículo 266 del Código Penal alemán, otra parte, siguiendo una concepción más tradicional en España, sostenía que la conducta comprendida bajo el término distracción era similar a la recogida bajo la mención a la apropiación, aunque en relación con el dinero u otros bienes fungibles, en los que la obligación de entregar o devolver se cumplía con la entrega, no ya de lo recibido previamente, sino de otro tanto de la misma especie y calidad. Esta concepción entendía que solo así se justificaba la menor pena prevista en el artículo 295 para las conductas previstas en él, que no implicaban una actuación como dueño sobre el bien, sino solamente una administración caracterizada por el abuso de facultades y por una deslealtad que ocasionaba un perjuicio en la forma descrita en el tipo. En la STS n.º 462/2009, 12 de mayo, ya citada más arriba, se recordaba que se han propugnado diversas pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos, y en relación con el artículo 295 se decía que, según uno de esos criterios, las conductas descritas en este artículo reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos

apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves –de ahí la diferencia de pena– que los contemplados en el art. 252 del CP.

(STS 906/2016, de 30 de noviembre)

## ARTÍCULOS 254 Y 432 CP

*Malversación de caudales públicos: evolución de la naturaleza jurídica de las Cámaras de la Propiedad Urbana: en especial en su fase liquidación. Apropiación indebida: hacer suyo dinero recibido sin causa en cuenta corriente y procedente de ente público, amparándose esa conducta en la nueva redacción del art. 254 CP modificado por la LO 1/2015*

Sostiene el recurrente que en su actuación no puede hablarse de que nos encontremos ante un procedimiento administrativo, ni de que sus actos debieran regirse por normas administrativas, faltando por ello el elemento propio del delito de prevaricación de dictarse una resolución por autoridad o funcionario público en asunto administrativo y objetivamente contraria al derecho.

Sintéticamente, el recurso expresa que el Real Decreto-ley 8/1994, de 5 de agosto, suprimió las Cámaras de la Propiedad Urbana como entidades de derecho público. Y añade, por otro lado, que el Decreto 15/2006, de 31 de enero, sobre régimen y destino de personal y patrimonio de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (Boletín Oficial del País Vasco de 21 de febrero de 2006), señalaba en su Disposición Adicional Segunda que: «1. Los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Alava, Bizkaia y Gipuzkoa, quedarán disueltos a partir de la entrada en vigor del presente Decreto. 2. Durante la realización del proceso de liquidación, el departamento de la Vivienda y Asuntos Sociales asumirá todas las funciones hasta ahora atribuidas a sus órganos de gobierno. A tales efectos, mediante Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, se nombrará a un representante delegado en cada una de las Cámaras, que asumirá dichas funciones», lo que se saldó –continúa el recurso– con el nombramiento del recurrente como representante delegado en la Cámara de la Propiedad Urbana de Vizcaya (Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales del País Vasco de fecha 22 de febrero de 2006) y suponía –según sostiene el alegato– que el recurrente asumía las funciones de los órganos de gobierno de las Cámaras, esto es, las recogidas en los artículos 11 y 12 del Decreto 312/1988, de 27 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana del País Vasco, entre las que se encontraba: la posibilidad de nombrar y separar empleados (art. 12.4); la de adquirir bienes (art. 12.5) o la de aprobar gastos (art. 12.6).

El motivo debe ser desestimado. Las Administraciones Públicas pueden ser muy diversas y presentan una tipología plural. El artículo 2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente hasta el 2 de octubre de 2016 y operativo a la fecha en que los hechos tuvieron lugar), establecía que se entiende por Administraciones Públicas a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integran la Administración local, y, en lo que nos ocupa, a las «Enti-

dades de Derecho Público con personalidad jurídica propia» que estén vinculadas o sean dependientes de cualquiera de las anteriores.

En el mismo sentido, la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 2.3, dispone que tienen la consideración de Administraciones Públicas: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

Dentro de las entidades de Derecho Público en régimen de vinculación o dependencia de las Administraciones Territoriales, se encuentran las corporaciones públicas de base privada (colegios profesionales, cámaras o cofradías), que actúan en ocasiones como Administración, con asignación de concretas potestades públicas con el objeto de que puedan gestionar algún preciso interés general (como pudiera ser el turno de oficio de los abogados o el turno de guardia de las farmacias), pero que en otros supuestos operan como la pura reunión de particulares encaminada a la defensa de sus propios intereses, manteniéndose económicamente de las aportaciones de sus miembros. Una singularidad que es la base de la dualidad de su régimen jurídico, pues cuando la agrupación de profesionales pretende satisfacer los intereses de todos ellos, el régimen jurídico será el derecho privado (Civil o Mercantil) y, por el contrario, cuando pretende tutelar parcelas concretas de interés general (como los acuerdos referentes a la asistencia jurídica gratuita prestada por los colegios de abogados o procuradores) el régimen jurídico que se les aplica es el del derecho público, esto es, el Derecho Administrativo, reclamando por ello una serie de normas rectoras específicas. Las Cámaras (de Comercio, Agrarias o de la Propiedad) personifican por tanto uno de los más paradigmáticos ejemplos de corporaciones públicas.

Uno de los rasgos más llamativos de las corporaciones de derecho público, era la obligatoriedad legal de que pertenecieran a ellas todos los sujetos que participan en el sector que les hiciera referencia. Una obligatoriedad que chocaba con la faz negativa (no asociarse) del derecho a libertad de asociación recogido en el artículo 22.1 de la Constitución y que motivó una doctrina Constitucional que ha venido declarando que: 1) La adscripción obligatoria a corporaciones públicas es un supuesto excepcional respecto del principio esencial de libertad, siendo únicamente exigible cuando exista un fin que constitucionalmente lo legitime y 2) Los criterios para determinar si una asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, supera el adecuado control de constitucionalidad, son que: a) La adscripción forzosa no puede ir acompañada de una prohibición paralela de asociarse libremente (no puede ser en régimen de exclusividad); b) El recurso a esta forma de agrupación social creada ex lege no puede convertirse en regla general sino que tiene que mantener su excepcionalidad; c) La importancia de las funciones públicas atribuidas debe justificar su creación y d) Debe percibirse la imposibilidad, o al menos la patente dificultad, de atender a los indicados fines públicos por otro cauce distinto del de la pertenencia obligatoria a la corporación.

Dentro de este contexto constitucional y normativo, las Cámaras de la Propiedad Urbana han experimentado una llamativa evolución desde una clara naturaleza administrativa, como corporaciones de derecho público, hasta su extinción como tales y la posterior creación de otras entidades de base puramente asociativa (y por tanto ya no públicas) que existen en la actualidad.

(...) Lo expuesto refleja el proceso de extinción de las Cámaras de la Propiedad Urbana como corporaciones públicas de base privada, pero reflejando claramente que el proceso de liquidación no sólo es el resultado de que las funciones de la entidad quedaban inactivas y, por ello, no podían dar lugar a la asunción de nuevas obligacio-

nes de gestión ordinaria, sino –además– que precisamente porque confluían en las extintas Cámaras la gestión de intereses públicos y privados, su proceso liquidador quedaba sujeto a la tutorización de la Administración Autonómica y al específico régimen jurídico que regula su actuación. Lo que se plasmó claramente en la disposición adicional segunda del Decreto que invoca el recurso, que expresamente recogía: 1) que los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa quedaban disueltos desde la entrada en vigor de la publicación del Decreto (el 1 de febrero de 2016); 2) que durante la realización del proceso de liquidación, el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales asumiría todas las funciones hasta entonces atribuidas a los órganos de gobierno de la Cámara y 3) que mediante Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, se nombraría un representante delegado en cada una de las Cámaras que asumiría las funciones y que para Vizcaya resultó ser el acusado Jacinto, por Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales de 22 de febrero de 2006.

De este modo, puede apreciarse que concurren todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo penal aplicado.

(...) En la redacción vigente a la fecha en la que los hechos tuvieron lugar, el artículo 254 del CP sancionaba al que «habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución». La jurisprudencia de esta Sala tiene recogido que la consumación del delito tenía lugar en el momento de la incorporación al patrimonio por el beneficiario del dinero o bienes recibidos y –en aquellos supuestos en los que el ingreso pudiera no haber sido advertido por el titular de la cuenta– cuando el beneficiario se perciba del erróneo cobro y no procedía a la devolución (SSTS 1416/04, 2-12 o 677/08, de 4-11). La exigencia de que la recepción de los fondos derivara de un error del transmitente, debe ser entendida como un elemento negativo del tipo, en el sentido de no existir título o razón de cobro y que la posesión respondiera a una indebida entrega, dándose así entrada a una protección penal de los cuasicontratos del artículo 1.895 de CC, cuando confluía con la voluntad de apropiarse o hacer propios los bienes, pues no puede eludirse que conforme a la legislación entonces vigente, el precepto que analizamos se complementaba con otros dos tipos penales: el artículo 252, que sancionaba entonces los supuestos de apropiación cuando se producía un quebranto del deber de custodia, y el artículo 253, que sancionaba los casos de incorporación al patrimonio de bienes perdidos no susceptibles de ocupación.

(...) En todo caso, la reforma operada por LO 1/2015 suscita la cuestión de si hechos de semejante naturaleza pudieran haber quedado despenalizados. El delito de apropiación indebida tiene actualmente asiento en el artículo 253 del Código Penal, en el que se castiga a «los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido». La sanción en el artículo 254 del CP a aquellos que «fuera de los supuestos del artículo anterior se apropien de una cosa mueble ajena», entraña acoger todos los comportamientos en los que la apropiación se realiza sin un quebranto del deber de custodia, esto es, los casos de apropiación de bienes perdidos no susceptibles de ocupación (anteriormente contemplados en el artículo 253) y la apropiación de bienes erróneamente entregados (anterior artículo 254). Pero la cuestión que se suscita es si al referirse exclusivamente el artículo 254 a cosas muebles ajenas (el código penal derogado hablaba de dinero y cosas muebles) supone que queda fuera de la protección penal la apropiación del dinero, efectos y valores, cuando no

haya un quebranto de deber de custodia y se reciban sin título posesorio habilitante, esto es, si a estos efectos el dinero es un objeto material sustancialmente diferenciado de las cosas muebles.

Nuestra Sentencia 403/15, de 19-6, se posicionó en el sentido de entender que en la tipología del nuevo artículo 254 del Código Penal quedaban englobadas conductas anteriores tales como la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido, así como la recepción indebida y posterior apropiación del dinero remitido por error del transmitente, o aquellos supuestos en los que se negare la recepción del dinero indebidamente recibido, o en los que –comprobado el error– no se procediera a la devolución del dinero. Declaramos entonces que el precepto se configuraba como un tipo penal residual y subsidiario respecto a la estricta apropiación indebida del actual 253 del Código Penal, justificándose su aplicación exclusivamente por la ausencia de un título jurídico posesorio de los recogidos en la tipología del tipo básico; un posicionamiento que se reiteró en nuestra Sentencia 791/15, de 30-6, que nuevamente entendió que la apropiación del dinero recibido sin título, tenía su encaje en la nueva regulación dada al artículo 254 del Código Penal.

La lectura interpretativa responde a la consideración de bien mueble que se da al dinero en los artículos 333, 334 y 335 del Código Civil, pues el Código Civil considera que es bien mueble todo aquello que sea susceptible de apropiación y transporte, cuando –como ocurre con el dinero– no esté especialmente catalogado como bien inmueble en el artículo 334 del Código Civil. No obstante, el cuestionamiento de si la recepción y apropiación del dinero que se reciba sin título posesorio puede estar englobada o no en el tipo penal del artículo 254, deriva de una doble consideración: De un lado, la propia descripción de conductas realizada en nuestro código penal, pues mientras que el artículo 253 habla de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, el artículo 254 sólo contempla los comportamientos no incluidos en el artículo anterior y que recaigan sobre cosas muebles. En segundo lugar, es constatable que nuestro código penal no utiliza un concepto de bien mueble siempre equivalente al establecido en nuestro código civil. Buen ejemplo de ello son los árboles o la mayor parte de elementos que se incorporan de manera definitiva a los bienes inmuebles, los cuales tienen la consideración de bienes inmuebles conforme con el artículo 334 del Código Civil y son claramente susceptibles de robo o de hurto conforme a la Jurisprudencia de esta Sala.

Lo expuesto sugiere la posibilidad de que la diferenciación de objetos incorporada en el artículo 253 y la exclusión de algunos de ellos (concretamente el dinero) en el artículo 254, responda a una voluntad legislativa de otorgar al dinero un tratamiento penal diferenciado en los artículos 253 y 254, con independencia de la consideración como cosa mueble que pueda dar al dinero el derecho civil.

Tal interpretación debe ser expresamente rechazada. Nuestro código civil no ofrece una definición del dinero, si bien la doctrina destaca que del artículo 1.170 del Código se deducen tres categorías fundamentales del dinero: el dinero como especie pactada; el dinero como deuda obligatoria y, por último, el dinero en su acepción de moneda que tenga curso legal en España. Que el artículo 254 del CP no contemple expresamente al dinero, no supone que el precepto deba interpretarse en el sentido de que sólo los bienes muebles (en el sentido de bienes apropiables y trasladables) sean susceptibles de protección pues, de un lado, tal alcance resulta contrario al contenido tradicional del precepto, sin que el legislador expresara en la exposición de motivos de la LO 1/2015 ninguna voluntad o razón de alteración del alcance sustantivo de este tipo penal y, por otro lado, no concurre ninguna justificación que conduzca a una mayor protección de la moneda o dinero de curso legal, que al llamado dinero bancario, esto es, la deuda bancaria obligatoria derivada de la anotación en cuenta de los

créditos como depósitos de clientes prestatarios, con un respaldo parcial indicado por el coeficiente de caja de la entidad.

(STS 944/2016, de 15 de diciembre)

## ARTÍCULOS 270 Y 271 CP

### *Delito contra la propiedad intelectual: el mero enlace en internet a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad*

Denuncia en el segundo motivo un error de derecho por la indebida aplicación, al relato fáctico, del art. 270 del Código penal y 20 de la ley propiedad intelectual. Argumenta que «la sentencia yerra al considerar que los enlaces constituyen una puesta a disposición para ser visionadas o leídas» y esa afirmación la apoya en la sentencia de esta Sala que anuló la anterior de la Audiencia sobre este mismo objeto. Concretamente recoge de la STS 638/2015, de 27 de octubre, la siguiente frase que entrecomilla de forma parcial «los enlaces aunque sean actos de puesta a disposición no son actos de comunicación pública en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieren la autorización de los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial».

La frase, así acotada por el recurrente, sirve de apoyo a su pretensión, pero lo cierto es que a la frase le falta, para dotarla del sentido preciso, otra en su inicio y otra al final. La del inicio: «Un enlace sí es un acto de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del público». Y al final: «No existe público nuevo, por ejemplo, cuando los titulares de derechos sobre la obra enlazada habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los internautas».

Contextualizada la frase que el recurrente acota, lo que resulta de la misma es opuesto al sustento de la impugnación. El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares. En el caso de la sentencia impugnada, una vez corregida en aspectos esenciales en virtud de lo ordenado en la anterior sentencia de esta Sala, declara probado que los periódicos aparecían en la web en su versión en papel impreso, las cuales, sólo se podían obtener abonando el precio de su importe o suscribiendo su recepción en las plataformas como ORBYT y Kiosco y Mas. Es decir, lo que excluimos en la anterior Sentencia es que en los términos en que aparecía redactado el relato fáctico, no se configuraba la acción como típica en la medida en que se recogían en la web medios de comunicación respecto a los que no se conocía, porque no lo decía el relato fáctico, si iban dirigidos a un «público nuevo», en los términos a los que se refiere la Sentencia Svensson, STJUE de 13 de febrero de 2014. Desde el anterior relato fáctico se ignoraba si el público que accedía a la página de los acusados en la que recogían los periódicos y revistas, tenía acceso a los mismos medios por otras vías también por Internet, porque los titulares de los referidos medios los habían puesto a disposición de los internautas a través de sus ediciones digitales. Por lo tanto, si la obra ya era conocida por los usuarios, o potencialmente la podían conocer de manera libre, la mera acción de simplificar el acceso, no constituía el acto de comunicación pública que se integra en la tipicidad del art. 270 del Código penal. Por el contrario, sí lo integra cuando lo que se realiza es el acceso a un público nuevo de los contenidos protegidos obviando

las condiciones de acceso dispuestas por los titulares. El relato es claro al expresar que los contenidos protegidos eran de acceso mediante el abono del ejemplar escrito o el abono a las plataformas de comunicación que se relatan en el hecho probado. La conducta de los acusados incorporando a su página los contenidos íntegros de titularidad aunque sin autorización de sus propietarios hace procedente la subsunción en el delito contra la propiedad intelectual.

En la conformación de la tipicidad ha de ponerse el acento en lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina «público nuevo». Es por ello que en la anterior sentencia de esta Sala se instó del tribunal de instancia un esclarecimiento de estos apartados fácticos precisos para la subsunción, y el tribunal de instancia lo ha realizado, delimitando el ámbito de la propiedad intelectual, las revistas, periódicos y libros difundidos por los acusados, y la supresión de las condiciones de acceso y disfrute de la obra protegida impuestas por su titular, en un apartado que no es objeto de discusión en la sentencia por la vía procedente.

Este tribunal no alberga duda alguna sobre la tipicidad del relato fáctico en el art. 270 del Código penal y la observancia de la normativa europea interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las cuestiones que el recurrente señala que han sido planteadas por órganos judiciales de la Unión Europea parten de un hecho relevante, que el acceso sea libre para el público en general. En el caso de esta casación, el acceso, nos dice el relato fáctico, no es libre sino que se realiza por el abono de la edición impresa o el abono o suscripción a las plataformas en las que los titulares las alojan para su visionado y lectura. No se trata de facilitar, en el sentido de favorecer, el acceso a una obra ya publicada libremente por su titular, sino el de obviar los presupuestos de uso de la obra, mediante el escaneado en la página web.youkioske.com del contenido protegido para su comunicación pública en condiciones no dispuestas por el titular.

(STS 920/2016, de 12 de diciembre)

## ARTÍCULOS 320 Y 398 CP

*Delitos sobre la ordenación del territorio: funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial. Comisión por omisión. Falsedad documental: simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad*

1. La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado la relación existente entre el delito de prevaricación del artículo 404 y el de la llamada prevaricación urbanística del artículo 320. Aunque en ambos casos sean aplicables consideraciones relativas al bien jurídico protegido, a la condición del autor, a la arbitrariedad de la actuación administrativa de que se trate y a la actuación «a sabiendas de la injusticia», ha señalado también la existencia de algunas diferencias. En la STS n.º 497/2012, de 4 de junio, partiendo de que, en el caso del art. 320 CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), se afirmaba que «mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste

en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003, 1658/2003 o 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves».

(...) 2. La Audiencia, en una elaborada sentencia, considera que la conducta del recurrente, al informar favorablemente la concesión de la licencia de obras, constituye prevaricación urbanística por dos razones: en primer lugar, porque omite informar acerca de la ilegalidad de la actividad pretendida, sabiendo que la normativa vigente no permitía otros usos que los relacionados con el desarrollo industrial de la zona, lo que no era predicable del destino de la construcción a supermercado; y, en segundo lugar, porque informa favorablemente a pesar de que no se había concedido, antes ni al mismo tiempo, la licencia de actividad. Ambos aspectos deberían haber determinado un informe desfavorable.

La primera cuestión que debe ser resuelta, por lo tanto, es si el recurrente debía informar sobre ese aspecto, o si actuaba conforme a Derecho limitando su informe a los aspectos relativos a la construcción, dejando esos otros temas, relativos a los usos permitidos, para la tramitación de la licencia de la actividad. Más exactamente, desde la perspectiva del delito de prevaricación, deberá establecerse si omitir consideraciones relativas a los usos permitidos en el terreno donde se pretendía realizar la edificación es contrario a Derecho de tal forma que no encuentre ninguna posibilidad de apoyarse en una interpretación de las normas realizada con arreglo a sistemas generalmente admitidos.

La existencia de dos departamentos administrativos, en el caso, dos concejales responsables de la tramitación de las licencias de obras y las de actividad, respectivamente, es aceptada en la sentencia impugnada, en la que, sin embargo, se entiende que el recurrente estaba obligado a informar sobre la compatibilidad de los usos pretendidos en el Proyecto con la normativa urbanística.

(...) no puede considerarse absolutamente irrazonable que en la tramitación de la licencia de obras, el recurrente no considerase necesario informar acerca de los usos permitidos en el suelo donde se pretendía realizar la edificación, toda vez que ese aspecto iba a ser objeto de detenido análisis al tramitar la solicitud de la licencia de actividad. Y omitió consideraciones sobre esos aspectos, no solo en el informe que emitió sentido favorable, sino también en los dos que le precedían de sentido desfavorable.

Igualmente ha de valorarse que el recurrente, en el informe que la Audiencia considera prevaricador, explicitó que no se había concedido aun la licencia de actividad; que la licencia de obras no suponía autorización alguna para el desarrollo de ninguna actividad, y que seguía siendo necesaria la obtención de ésta. Aspectos que no solo fueron incorporados al acuerdo de concesión de la licencia de obras, sino que figuran igualmente en la licencia de primera ocupación, cuya finalidad es exclusiva-

mente comprobar si las obras realizadas se ajustaban al proyecto aprobado en la licencia.

Por lo tanto, dado que existían dos departamentos administrativos separados para la tramitación e información de las licencias de obras y de actividad; que el certificado de compatibilidad urbanística solo se emitía en el segundo caso; y que se refería expresamente, entre otros extremos, a la determinación de los usos permitidos, ello autoriza a entender que los otros informes, los relativos a las licencias de obras, no necesitaban incorporar a su contenido un pronunciamiento sobre ese extremo. Con más razón, si se entiende que, generalmente, como luego se dirá, la licencia de actividad será previa o simultánea a la concesión de la de obras, que lógicamente carecerá de utilidad para el solicitante si se deniega la primera.

Puede entenderse, por lo tanto, que una edificación determinada, en un lugar concreto, puede ser contraria a las normas urbanísticas en cuanto a su propia existencia, en los casos en los que no sea posible ninguna construcción, como ocurriría en el ejemplo del bosque protegido al que se hace mención en la sentencia de la Audiencia; en segundo lugar, tal edificación puede ser contraria a las normas por sus características físicas, en el caso de que no respete los límites o las condiciones fijados por las normas; o, en tercer lugar, aunque la edificación en sí misma pudiera ser autorizable, no lo son los usos a los que se pretende destinar, pues dependiendo de la calificación y clasificación del suelo, pueden estar estos limitados a unos determinados, o pueden algunos usos quedar totalmente excluidos.

Por lo tanto, de todo lo que se ha venido exponiendo se deduce que no puede afirmarse que sea absolutamente incontestable que el Arquitecto municipal responsable del área en la que se tramitan las licencias de obras tuviera en el caso la obligación legal inexcusable de informar igualmente acerca de la compatibilidad de la actividad pretendida con la normativa urbanística, cuando existía otro departamento que se ocupaba específicamente de esa cuestión, en el que otro arquitecto municipal debería informar concretamente sobre ese aspecto concreto, como se ha expuesto más arriba, por lo que, limitado su informe a los aspectos relativos a la construcción o edificación, su emisión como favorable no contravenía frontalmente las normas urbanísticas, pues en ningún momento se ha declarado probado que la edificación fuera ilegal, por sus propias características, con independencia del uso al que sus titulares pretendieran que fuera destinada.

(...) 1. Tal y como se decía, entre otras, en la STS n.º 990/2013, de 30 de diciembre, el delito de falsedad documental previsto en el n.º 4 del apartado 1 del artículo 390 del Código Penal de 1995 exige como elementos típicos objetivos, a) una narración mendaz. La mendacidad puede proceder de que lo que se expresa como correspondiente a la realidad, no lo sea. Y también de que lo que se omite, de haberse expresado, acarrearía una versión distinta de la situación respecto de la que el texto expreso sugiere por sí solo; b) que esa mendacidad tenga como soporte para su expresión un documento, en el sentido que a tal término da el artículo 26 del Código Penal, que sea de naturaleza pública; c) que el narrador sea un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, d) y, como hemos venido advirtiendo en la Jurisprudencia, que el desvío de lo narrado respecto a la realidad ocurra en alguno de los elementos de la narración que pueda considerarse relevante por afectar a las funciones propias del documento.

La mendacidad, o inadecuación a la realidad, ha de considerarse desde una perspectiva objetiva y no desde la percepción del sujeto activo, sin perjuicio de que el error de éste tenga su traducción en lo que concierne al elemento subjetivo del tipo.

Doctrina que es aplicable en su medida al artículo 398, en el que, a la fecha de los hechos, se disponía que la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigada con la pena de suspensión de seis meses a dos años.

2. En la sentencia impugnada se considera que el recurrente ha cometido un delito de falsedad al emitir un certificado de compatibilidad urbanística. El Tribunal sostiene que no se trata de un informe. Entiende el Tribunal de instancia que, además de la errónea fecha de su firma, que atribuye a un equivocación material, el certificado es mendaz en cuanto a su contenido, ya que afirma la existencia de un informe favorable a la compatibilidad, que ha resultado inexistente, y en cuanto al fondo del asunto, siendo, dice, totalmente falso que la solicitud de licencia de actividad fuese compatible con el uso posible en el lugar en el que se proyectaba la edificación (sic).

En primer lugar, ha de precisarse que, en un certificado, quien lo extiende se refiere a la existencia o inexistencia de una realidad anterior, sin realizar juicios acerca de cualesquiera aspectos de la misma. Por el contrario, en un informe, quien lo suscribe emite una opinión acerca del objeto sobre el que se informa. En el caso, la Audiencia entiende que el recurrente se limitó a certificar sobre algo existente. Por eso, no puede entenderse que el certificado sea falso respecto a la compatibilidad de la actividad pretendida con los usos permitidos en ese suelo.

La falsedad prevista en el apartado 4 del artículo 390.1, faltar a la verdad en la narración de los hechos, exige que lo que se reputa falso sea la consignación de un determinado hecho en el documento. Como se decía en la STS n.º 371/2016, de 3 de mayo, si bien de las opiniones cabe predicar corrección y acierto, o por el contrario incorrección o desacierto, nunca puede atribuírseles la condición de falsas ni de verdaderas. Esta cualidad solamente cabe predicarla de aquellos enunciados que constituyen asertos o negaciones de hechos, siendo verdaderos cuando lo dicho y lo existente en la realidad coinciden y falsos en caso contrario. De ahí, que la emisión de un informe en el que se hace constar el parecer del informante, aunque pudiera en algún caso (artículo 320.1 C. Penal) constitutivo de un delito de prevaricación, no lo sería de un delito de falsedad.

Por lo tanto, tratándose de un certificado, la falsedad solo se referirá a la coincidencia con la realidad de aquello cuya existencia certifica el funcionario. El examen del certificado, que esta Sala ha realizado al amparo del artículo 899 de la LECrim, permite comprobar que el recurrente afirmaba en él, según el informe de los servicios técnicos, que la actividad pretendida era compatible con los usos permitidos, cuando, en realidad, el informe que consta en las actuaciones, único cuya existencia ha sido acreditada, decía exactamente lo contrario. Falta a la verdad al certificar falsamente que los servicios técnicos han informado en un sentido determinado, cuando lo han hecho en el contrario. Con independencia de cómo se deban interpretar las normas relativas al contenido del certificado de compatibilidad urbanística lo cierto es que en el caso, el recurrente no informó que existiera compatibilidad, sino que certificó falsamente que el informe del técnico la afirmaba.

3. El recurrente niega la concurrencia del elemento subjetivo, que en el caso se concretaría en el conocimiento de que el informe del técnico municipal sostenía la incompatibilidad. Sin embargo, la pretensión no es atendible. Tal conocimiento surge sin dificultad, en primer lugar, del hecho de que en las actuaciones existe un informe negativo de compatibilidad que dio lugar a la emisión de un certificado que reflejaba su existencia y su sentido. Y consta igualmente un segundo certificado, ambos emitidos por el recurrente, en el que se certifica que el informe de los servicios técnicos es favorable a la compatibilidad. Además, la conclusión que surge del examen de esos documentos es corroborada por la declaración del testigo, el arquitecto municipal que emitió ese informe técnico, que ha afirmado, según se recoge y valora en la sentencia,

no solo que nunca emitió otro en sentido contrario, sino que declaró en el plenario, como esta Sala ha podido comprobar, al amparo del artículo 899 de la LECrim, que el recurrente le comentó que rectificaba el certificado porque consideraba que el primer informe estaba equivocado, de donde se desprende que era consciente de que certificaba en sentido contrario al contenido del informe emitido por el técnico municipal.

Por todo ello, el motivo se desestima.

(...)1. El artículo 398 del C. Penal disponía a la fecha de los hechos que la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. En la actualidad, tras la reforma operada por la LO 7/2012 en el C. Penal, el citado artículo dispone que la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa con escasa trascendencia en el tráfico jurídico será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años. Y excluye la aplicación de este precepto a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. Por su parte, el artículo 390.1 castiga con la pena de tres a seis años de prisión, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad, precisando en el apartado la modalidad consistente en 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. La cuestión relativa a la determinación de los casos en los que procede la aplicación de uno u otro precepto ha sido abordada en varias sentencias de esta Sala. Concretamente, en la STS n.º 277/2015, de 3 de junio, con cita textual de la STS 4/2015, de 29 de enero, se recuerdan las consideraciones y afirmaciones contenidas en anteriores resoluciones, encaminadas, desde la STS n.º 2001/2000, de 27 de diciembre, en el sentido de que lo más relevante es la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental, de forma que la aplicación del artículo 398 quedará reservada para los casos de menor trascendencia. Criterio que finalmente ha sido acogido por el legislador en la LO 7/2012, que modifica algunos artículos del C. Penal. Lo cierto, sin embargo, es que la legislación anterior a esta Ley sancionaba con menor pena la emisión de certificados, lo que, de un lado, obligaba a examinar cuidadosamente si la falsificación realizada en cada caso se reducía al mero contenido de un certificado, es decir, a la consignación como cierto de un hecho que se dice conocido por quien certifica y que es comprobable en su objetividad por terceros, o si, además, incorporaba una falta de verdad en la narración de otros hechos que excedían de aquel limitado significado. Y, de otro lado, aquella regulación obligaba a aplicar la ley en su propio significado cuando se tratara solamente de una certificación en su propio sentido. A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el C. Penal de 1995 suprimió la enumeración de certificados que se contenía en el Código derogado

Es cierto que, como se ha puesto de relieve, el legislador ha decidido, finalmente, que solo se penarán de forma privilegiada la falsificación de certificados de escasa trascendencia, y excluye de esta categoría a los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública. Ello supone que, en la actualidad, esa mención de esos últimos certificados puede operar como referencia para establecer la trascendencia de otros, con la finalidad de incluirlos o excluirlos de la aplicación del artículo 398. Pero no puede implicar que, por vía interpretativa de la legislación anterior se aplique indiscriminadamente este nuevo criterio a falsificaciones de certificados realizadas con anterioridad, de manera que solo se aplique el artículo 398 a los casos de escasa trascendencia, valorando ésta de acuerdo a cánones resultantes de la nueva redacción. Pues en definitiva ello supondría la aplicación retroactiva de la nueva regulación en perjuicio del reo, al excluir del artículo 398 anterior a la reforma conductas que, sin el nuevo criterio legal estarían comprendidas en él.

En este sentido, puede citarse la STS n.º 237/2016, de 29 de marzo, en la que se examinaba un supuesto de falsificación de certificados oficiales de la Seguridad Social cometida por un particular antes de la reforma de 2012. En esa sentencia, esta Sala señalaba en primer lugar que tras la vigencia de la L. O. 7/2012, la falsificación de certificaciones de la Seguridad Social o Hacienda Pública debe ser sancionada cuando sea cometida por particular como constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial, y por tanto con aplicación de los arts. 390.1-2.º en relación con el art. 392. Y, en segundo lugar, que se está ante una falsificación de documento oficial que, vista la época en la que se efectuó debe ser sancionado como constitutivo del delito del art. 399 C. penal en la redacción anterior a la L. O. 7/2012, como así ha sido. Es decir, que aun cuando se trataba de certificados de evidente trascendencia, reconocida en la actualidad expresamente por el legislador, esta Sala entendió que debía aplicarse la legislación anterior a la citada Ley Orgánica, y, dentro de ella, el artículo 399 en relación con el 398.

Por lo tanto, la inclusión o exclusión de la falsedad en el artículo 398 deberá atender a la gravedad y trascendencia de la alteración del instrumento documental en cada caso, sin tomar como referencia la consideración que merecen en la actualidad los certificados relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

(STS 752/2016, de 11 de octubre)

## ARTÍCULOS 325, 326 Y 331 CP

*Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente por imprudencia grave: «Caso Prestige». Afectar a un espacio natural protegido. Inexistencia: se exige la identificación del espacio protegido afectado y el grado daño en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal*

El artículo 325 del CP vigente a la fecha de los hechos castigaba a quienes «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoquen o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

El artículo 326 CP en su redacción original, vigente a la fecha de los hechos, preveía «la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico».

Y el artículo 331 del CP que ha permanecido inalterable, prevé la pena inferior en grado en caso de que los hechos se hubieren cometido por imprudencia grave.

Respecto a cuál sea el bien jurídico protegido por este tipo previsto en el artículo 325 CP la mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia de esta Sala han coincidido en considerar como tal el medio ambiente y el equilibrio de los sistemas naturales como bien colectivo. En palabras de la STS 89/2013, de 11 de febrero, la protección del medio ambiente constituye un bien jurídico autónomo que se tutela penalmente por sí mismo, descrito en el Código como «equilibrio de los sistemas naturales» y que ha pasado a formar parte del acervo de valores comúnmente aceptados por nuestra sociedad. Ha de recordarse que el medio ambiente es uno de los pocos bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela penal. Así, el artículo 45 de la Constitución dispone que deberán establecerse «sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» para quienes realicen conductas atentatorias del medio ambiente. Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección jurídica del medio ambiente ha de hacerse combinando medidas administrativas con medidas penales.

La autonomía de la protección penal del medio ambiente respecto de la protección de las personas no excluye que los ataques a él puedan también afectar a éstas. Supuestos en los que sería de aplicación el tipo agravado del último inciso del artículo 325.1 CP, además de posibilidades concursales con delitos de lesiones u homicidios.

(...) El tipo básico contenido en el artículo 325.1 CP exige la confluencia de tres elementos esenciales para estimar la tipicidad objetiva del comportamiento:

- a) La provocación o realización directa o indirecta de alguna de las actividades contaminantes aludidas en el precepto.
- b) La infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal, elemento normativo exigido en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras de aquel tipo de actividades.
- c) La creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido, como consecuencia de la realización de la actividad contaminante ilícita.

Con relación al primero de los elementos citados, la conducta típica consiste en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas. Aunque en principio del tenor literal del texto parece desprenderse la necesidad de una forma activa de comportamiento, como puso de relieve la STS 81/2008, de 13 de febrero, que citó la STS 105/1999 de 27 de enero, también está incluida en el tipo la comisión por omisión, es decir, dejar que se produzca la emisión o vertido y no poner los medios para evitarla.

Los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar cuyo significado no es idéntico. Esta Sala ha interpretado (entre otras SSTs 105/1999, de 27 de enero; 96/2002, de 30 de enero, o 81/2008, de 13 de febrero) que provocar en su diferencia con realizar se refiere a mantener emisiones o vertidos. La interpretación contextual da pie para ello al concretar que el vertido puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional. Pretende de esta manera abarcar toda acción humana que determine un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

El significado semántico de algunas de las expresiones comprendidas en el tipo penal como emisiones, vertidos, radiaciones o inyecciones hace pensar que el legislador pretendió compendiar el conjunto de actividades que proyecten hacia las aguas, el suelo o la atmósfera sustancias contaminantes, con independencia de cuál sea el estado de tales sustancias (sólido, líquido o gaseoso).

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea ha afirmado que el concepto jurídico medio ambiental de vertido es el tipificado en el

artículo 1.2 de la Directiva Comunitaria 76/464 CE que se refiere a todo acto imputable a una persona por el cual directa o indirectamente, se introduce en las aguas a las que se aplica dicha Directiva alguna de las sustancias peligrosas enumeradas en las Listas I y II de su Anexo (STJC 22301/99, de 29 de septiembre).

En la misma línea la jurisprudencia de esta Sala ha identificado como vertido la introducción de sustancias contaminantes. Además de los vertidos directos, es decir aquellos que provocan que el elemento que contamina se introduzca o penetre sin intermediaciones en la atmósfera, el suelo o el agua, ha considerado como vertidos indirectos incluidos en el tipo previsto en el artículo 325 CP conductas que, si bien no determinaron una evacuación directa, integraron un comportamiento previo del que necesariamente habría de derivarse ese vertido. Así ha considerado aplicable el artículo 325 CP, con preferencia al 328 que castiga el establecimiento de depósitos o vertederos de residuos tóxicos, a los vertidos realizados en depósitos que, por no ser suficientes o ser permeables se filtran y producen un efecto contaminante (SSTS 215/2003, de 11 de febrero, o STS 1914/2000, de 12 de diciembre).

(...) El segundo de los elementos del tipo previsto en el artículo 325.1 CP es de carácter normativo, la infracción de una norma extrapenal. Esto es, que la acción típica se verifique contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. El texto legal da cabida a legislación que resulte aplicable en el Estado Español, ya sea comunitaria, estatal, autonómica o local, e incluye la que surge a partir de los tratados internacionales suscritos por España y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 CE y 1.5 CC) pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español.

(...) El tercero de los elementos del tipo que analizamos es la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico. En palabras de las SSTS 481/2008, de 18 de julio, o 89/2013, de 11 de febrero, requiere un resultado que consiste en la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido.

El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Algunas resoluciones de esta Sala lo han considerado un delito de peligro abstracto (SSTS 1828/2002, de 25 de octubre; 45/2007, de 29 de enero, o la reciente 244/2015, de 22 de abril). Otras de peligro concreto (SSTS 442/2000, de 13 de marzo, o 708/2009, de 16 de junio). Sin embargo la última jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (SSTS 25 de octubre de 2002; 388/2003 de 1 de abril; 24 de junio de 2004; 27 de abril de 2007; 20 de junio de 2007; 81/2008, de 13 de febrero; 141/2008, de 8 de abril; 89/2014, de 11 de febrero; 840/2013, de 11 de noviembre, o 521/2015, de 13 de octubre), un híbrido a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto en el que no basta la contravención de la normativa administrativa para poder aplicarlo, sino también algo más: que la conducta sea potencialmente peligrosa.

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.

Como explicó la STS 141/2008, de 8 de abril, la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente ex ante. De acuerdo con ello es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se

ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en primer lugar la conducta debe ser una de las previstas de forma muy amplia en el art. 325 CP, y debe estar descrita con suficiente precisión para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia. En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. En definitiva es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, lo decisivo en este aspecto es que se trate de una conducta que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La existencia de un daño efectivo no es necesaria para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha provocado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración.

Y, en tercer lugar, del riesgo debe predicarse la gravedad. No basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo.

Debe concurrir un peligro «grave» para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo respecto al que es importante que la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma.

Como dijo la STS 105/1999, de 27 de enero, semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor revisable en casación. Y como recordó la STS 289/2010, de 19 de abril (con cita de las anteriores SSTS 105/1999, de 27 de enero, y la 30 de enero de 2002) para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325.1 del CP habrá que acudir «a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro».

En la STS 194/2001, de 14 de febrero, puso el acento en la intensidad de la incidencia contaminante. «Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta».

La STS 81/2008, de 13 de febrero, habló de la intensidad del acto contaminante, de la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo. Y añadió «en cualquier caso, por la doctrina se destaca que la inevitable valoración ha de tener en cuenta que integran el concepto de peligro dos elementos esenciales: probabilidad y carácter negativo de un eventual resultado. La gravedad se ha de deducir, pues, de ambos elementos conjuntamente lo que significa negar la tipicidad en los casos de resultados solo posibles o remotamente probables, así como de aquellos que, de llegar a producirse, afectan de manera insignificante al bien jurídico».

Para la STS 916/2008, de 30 de diciembre, lo más seguro es «referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo».

En cualquier caso habrá que tomar como puntos de referencia los propios parámetros del tipo y de todo el cuerpo normativo, y entender que se trata de una gravedad media que deje espacio para los supuestos en que concurra un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, que exceden del tipo básico para integrar un tipo agravado.

(...) Por su parte el tipo agravado del artículo 326.b) CP exige que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades contaminantes. Se trata de una agravación que se fundamenta en la mera desobediencia a la Administración. Requiere la concurrencia de cuatro requisitos: que la orden sea expresa, que proceda de un órgano administrativo con competencia medioambiental para ordenar la corrección o suspensión de la actividad y que el sujeto conozca la orden y no quiera cumplirla.

El artículo 326.e) CP incorpora como agravación que haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. Para la doctrina es la agravación que más sentido tiene, en cuanto que es la única relacionada con la idoneidad de la conducta para perjudicar el medio ambiente. Sus perfiles fueron delimitados por la STS 7/2002, de 19 de enero, que demandó una interpretación de la misma «prudentemente rigurosa y exigente» en atención a la gravedad de la pena y con el fin de evitar el riesgo de vaciar de contenido el tipo básico que exige un peligro grave. A partir de esos parámetros señaló que «debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre». Por su parte existirá deterioro catastrófico «cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante».

Podría oponerse a la interpretación que esta sentencia 7/2002 realizó del término «irreversible» que semánticamente irreversible es aquello que no puede volver a su estado anterior, ni por efecto de la naturaleza ni por la intervención humana. Sin embargo el estado actual de la ciencia y la investigación tecnológica ofrecen expectativas de recuperación y regeneración antes inimaginables, por lo que lo irreversible queda reducido a una mínima expresión. En cualquier caso la razonabilidad de la interpretación expuesta, que no puede deslindarse de los parámetros de rigor y exigencia que la enmarcan, aconseja que se tomen en consideración otros elementos de valoración como la duración o complejidad de los eventuales procedimientos de reparación. En todo caso es necesario insistir en que la valoración habrá de hacerse no en relación a un resultado, sino al riesgo de que se produzca.

En la misma línea de la citada STS 2/2002, la STS 379/2009, de 13 de abril, avaló la inaplicación de esta agravación en un supuesto en el que la recuperación y regeneración de la zona, dado el nivel pluviométrico, sería posible por efecto de la propia naturaleza.

(...) Las conductas descritas son punibles tanto cuando se realizan dolosamente como por imprudencia grave (art. 331 CP).

El dolo será normalmente un dolo eventual o de segundo grado. La apreciación de un dolo directo es improbable, porque generalmente la conducta potencialmente lesiva del medio ambiente se ejecuta con una finalidad inocua para el Derecho Penal, como es el desarrollo de una actividad industrial o comercial.

Ha declarado esta Sala, entre otras en SSTS 52/2003, de 24 de febrero, 1565/2012, de 2 de marzo, o 89/2013, de 11 de febrero, que el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por la conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro.

También se ha dicho que obra con dolo el que conociendo el peligro generado con su acción ninguna medida para evitar la realización del tipo (STS 327/2007, de 27 de abril). O que la contaminación por vertidos (STS 1538/2002, de 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.

Nos encontramos, como ya hemos dicho, ante una modalidad delictiva de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, que no 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, de 1 de abril, y 81/2008, de 13 de febrero). En consecuencia el elemento subjetivo del dolo no ha de ir referido a una situación que ya haya dado lugar a la concreción del peligro, y menos aún al daño efectivo, sino al comportamiento y a su idoneidad para generar aquella situación (STS 141/2008, de 8 de abril).

(...) El artículo 331 CP exige que la imprudencia sea grave. Como explicó la STS 78/2013, de 5 de febrero, que se pronunció respecto a la aplicación de este precepto, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 181/2009 y 282/2010) «la infracción culposa o por imprudencia, debe reunir los siguientes elementos: a) la producción de un resultado que sea la parte objetiva de un tipo doloso; b) la infracción de una norma de cuidado cuyo aspecto interno es el deber de advertir el peligro y cuyo aspecto externo es el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertido, y c) que se haya querido la misma conducta descuidada, con conocimiento del peligro, o sin él, pero no el hecho resultante de tal conducta».

En la STS 1089/2009, se decía que el delito imprudente «... aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal».

En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, se decía en la STS 1823/2002, que la imprudencia grave «... ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad», y con parecidos términos se recordaba en la STS 537/2005, que «la jurisprudencia de esta Sala suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone “un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado”. Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas,

y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control».

Con otras palabras, en la STS 1089/2009, antes citada, se argumentaba que «... la gravedad de la imprudencia se determina, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración».

(...) El primero de los elementos de tipicidad que exige el artículo 325.1 CP es la provocación o realización directa o indirecta de alguna de las actividades contaminantes aludidas en el precepto. En este caso arrojar al mar el fueloil que trasportaba el buque Prestige encaja en el concepto de «vertido» que hemos analizado y que completa el elemento del tipo.

(...) Exige también el tipo la infracción de una norma ambiental de carácter extrapenal, es decir, la contravención de alguna de las leyes o disposiciones reguladoras del tipo de actividades de que se trate, en este caso el transporte por mar de sustancias peligrosas por su alto potencial contaminante. La peculiaridades de esta actividad, la dimensión de riesgo que proyecta, los intereses económicos supranacionales que concita, la universalidad del mar y el valor que el mismo tiene para el ecosistema, entre otros factores, hacen que la normativa en cuestión no sea solo nacional, sino que jueguen un papel determinante los distintos tratados internacionales suscritos por España que tienen en nuestro sistema de fuentes del derecho fuerza de ley (artículos 96 CE y 1.5 CC).

1. En primer lugar Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, el Convenio MARPOL (Bruselas, 2 de noviembre de 1973), y el Protocolo de 1978, hecho en Londres el 17 de febrero de 1978. Es una norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado español y publicada en el BOE de 17 y 18 de octubre de 1984.

Es un instrumento que responde al objetivo de los Estados firmantes de «lograr la eliminación total de la contaminación intencional del medio marino por hidrocarburos y otras sustancias perjudiciales, y reducir a un mínimo la descarga accidental de tales sustancias».

Esta norma se aplica a las «descargas» de sustancias perjudiciales, entendiendo por tales «cualquier derrame procedente de un buque por cualquier causa y comprende todo tipo de escape, evacuación, rebose, fuga, achique, emisión o vaciamiento».

Conforman el MARPOL cinco Anexos, el primero de los cuales regula la evacuación de hidrocarburos (Anexo I). Se entienden como tales «el petróleo en todas sus

manifestaciones, incluidos los crudos de petróleo, el fuel-oil, los fangos, los residuos petrolíferos y los productos de refinación (distintos de los de tipo petroquímico que están sujetos a las disposiciones del Anexo II del presente Convenio) y, sin límite la generalidad de la enumeración precedente, las sustancias que figuran en la lista del Apéndice I de este Anexo».

En lo que al caso nos interesa, la regla 11 del Anexo I del Convenio MARPOL establece que las descargas accidentales («procedentes de averías sufridas por el buque o sus equipos») no se consideran prohibidas siempre que «después de producirse la avería o de descubrirse la descarga, se hubieren tomado toda suerte de precauciones razonables para atajar o reducir a un mínimo tal descarga; y salvo que el propietario o el capitán hayan actuado ya sea con la intención de causar la avería, o con imprudencia temeraria y a sabiendas de que con toda probabilidad iba a producirse una avería». Utiliza una terminología común en los instrumentos internacionales que regulan esta materia y que, como tendremos ocasión de explicar más adelante, incluye los supuestos de imprudencia grave previstos en nuestro CP. Compartimos la opinión expuesta por algunos de los recurrentes en el sentido de una interpretación del Convenio MARPOL no puede prescindir como criterios hermenéuticos de los que inspiran nuestra normativa nacional y la europea. De esta manera cabe considerar que los vertidos causados con culpa grave, también son vertidos prohibidos y susceptibles de dar lugar a la imposición de sanciones de carácter administrativo o penal. Esta última es la interpretación que hizo el legislador comunitario al aprobar la directiva 2005/35/CE.

En efecto, los artículos 4 y 5 de la citada directiva posterior a los hechos instaban a los Estados miembros a establecer infracciones (incluso penales) respecto a las descargas de hidrocarburos que se produzcan en el mar territorial o aguas interiores con imprudencia temeraria o culpa grave (no con dolo eventual). Los preceptos de la directiva fueron objeto de una cuestión prejudicial planteada por la High Court of Justice de Inglaterra y Gales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisamente por considerar que los artículos 4 y 5 de la directiva vulneraban el Convenio MARPOL. La sentencia de 3 de junio de 2008 (que resolvió la cuestión prejudicial), si bien estimó que no es su misión confrontar la legalidad de la directiva con la de un Tratado Internacional del que la Comunidad no es parte, como ocurre con el MARPOL, sí afirmó (párrafo 52) que «incumbe al Tribunal de Justicia interpretar esas disposiciones tomando en consideración el MARPOL 73/78» y ello en aplicación «del principio consuetudinario de buena fe».

Más adelante, la sentencia razonó que el concepto de «negligencia grave» es un parámetro perfectamente lícito y acorde con el principio de seguridad jurídica para enjuiciar cuándo las descargas han de considerarse prohibidas, entendiéndose la «negligencia grave» como «una acción u omisión involuntaria mediante la cual la persona responsable infringe, de manera patente, la obligación de diligencia que habría debido y podido cumplir teniendo en cuenta sus cualidades, sus conocimientos, sus aptitudes y su situación individual».

Finalmente concluyó respecto a la cuestión planteada que «no se ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez del artículo 4 de la Directiva 2005/35 en relación con el criterio general de seguridad jurídica».

2.- Convenio CONMAR (UNCLOS o Montego Bay) de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982. Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado español y publicada en el BOE de 14 de febrero de 1997.

Se trata de un convenio conocido también en el ámbito internacional como UNCLOS o tratado de Montego Bay. Que recoge los derechos de protección del

Estado ribereño respecto a su mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva, entre otros, para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino.

El artículo 1 del CONMAR define los vertidos: «evacuación de desechos u otras materias resultante, directa o indirectamente, de las operaciones normales de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar y su equipo» (art. 1.5 b) i).

3. Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 1974) de 1 de noviembre 1974 (Londres). Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado Español y publicada en el BOE de 16, 17 y 18 de junio de 1980, 3 de septiembre de 1980 y 17 de marzo de 1983. Las enmiendas de este Convenio, adoptadas por acuerdo internacional de 18 de mayo de 1998, han sido asumidas asimismo por España y publicadas en el BOE de 14 de septiembre de 2001.

Este Convenio fue aprobado el 1 de noviembre de 1974 por la Conferencia Internacional sobre Seguridad de la Vida Humana en el Mar, convocada por la Organización Marítima Internacional (OMI), y entró en vigor el 25 de mayo de 1980. Desde entonces se ha enmendado dos veces por medio de protocolos: a) el Protocolo adoptado el 17 de febrero de 1978 por la Conferencia Internacional sobre Seguridad de los Buques-tanque y Prevención de la Contaminación (Protocolo de 1978 relativo al SOLAS), que entró en vigor el 1 de mayo de 1981; y b) el Protocolo adoptado el 11 de noviembre de 1988 por la Conferencia Internacional sobre el Sistema Armonizado de Reconocimientos y Certificación (Protocolo de 1988 relativo al SOLAS), que entró en vigor el 3 de febrero de 2000 y reemplazó y dejó sin efecto el Protocolo de 1978, entre las Partes en el Protocolo de 1988.

El objetivo principal del Convenio SOLAS es especificar normas de construcción, equipamiento y explotación de buques para garantizar su seguridad y la de las personas embarcadas. Las disposiciones de control también permiten a los gobiernos contratantes a inspeccionar los buques de otros Estados contratantes si hay motivos fundados para creer que el buque y su equipo no cumplen sustancialmente con los requisitos de la Convención, o que transporten mercancías peligrosas, según se definen éstas en la Regla 1 de la parte A del capítulo VII de ese Convenio. Este procedimiento se conoce con el nombre de Estado Rector del Puerto.

4. Convenio Internacional relativo a la Intervención en Alta Mar en casos que causen o puedan causar una contaminación por hidrocarburos 197, hecho en Bruselas el 29 de noviembre de 1969. Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado Español y publicada en el BOE de 26 de febrero de 1976.

Este Convenio de Salvamento pone al día el viejo Convenio de 1910 sobre la misma materia e introduce simultáneamente, como bien jurídico protegido, la preocupación por el medioambiente marino en relación con el salvamento de buques en peligro. Así autoriza a los estados ribereños a tomar medidas de autoprotección frente a la contaminación a través de la impartición de instrucciones en el salvamento, a supervisarlos o incluso a efectuarlos directamente, estando el capitán obligado a colaborar con la Autoridad que pretende el salvamento.

Efectivamente, dice el art. 9 del Convenio: «Nada de lo dispuesto en el presente convenio afectará al derecho del estado ribereño interesado a tomar medidas, de conformidad con los principios generalmente reconocidos del derecho internacional, para proteger sus costas o intereses conexos contra la contaminación o amenaza de contaminación resultante de un siniestro marítimo o de actos relacionados con dicho siniestro, de los que quepa prever razonablemente que tendrán graves consecuencias perjudiciales, incluido el derecho de un estado ribereño a dar instrucciones relacionadas con las operaciones de salvamento».

5. El Convenio Internacional sobre Líneas de Carga, Londres 1966. Norma vigente en España al haber sido asumida por el Estado español y publicada en el BOE de 10 de agosto de 1968 (modificado por el Protocolo de 1988). Su finalidad es «establecer principios y reglas uniformes en lo que respecta a los límites autorizarlos para la inmersión de los buques que realizan viajes internacionales, en atención a la necesidad de garantizar la seguridad de la vida humana y de los bienes en la mar». De manera que detectado un buque en estas condiciones se le prohíbe la salida a la mar y se le obliga a descargar la parte de carga necesaria hasta cumplir con el Convenio de Líneas de Carga y con las prescripciones que tiene en su certificado de francobordo.

6. En el ámbito nacional a la fecha de los hechos la norma básica sobre la materia era la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en el Capítulo 3.º de su Título IV tipifica las distintas infracciones administrativas. Entre ellas incluye infracciones graves y muy graves relativas a la contaminación del medio marino. Así, dentro de las infracciones graves figura «la evacuación negligente» en zonas de navegación española «de desechos u otras sustancias desde buques, plataformas fijas u otras construcciones en el mar cuando se produzca en contravención de la legislación vigente sobre la materia» (art. 115 4. a), referencia que reconducía, entre otros, al Convenio MARPOL ya citado.

La conducta tipificada abarca todas las «evacuaciones» que se produzcan en las «zonas de navegación española», concepto que incluye el Mar Territorial y la Zona Económica Exclusiva (art. 7.1 LPEMM) y sirve para acotar el ámbito territorial de aplicación de la citada norma, que conforme a su art. 8.5, alcanza «a los buques civiles extranjeros que se encuentren en aguas situadas en las que España ejerce derechos soberanos, soberanía o jurisdicción, con las limitaciones que establece el Derecho Internacional, en particular en lo que se refiere a los supuestos de inmunidad».

Las infracciones muy graves aplicables en atención a la ilegalidad del vertido se refieren a las mismas conductas desarrolladas de manera intencional:

a) «La evacuación deliberada desde buques o plataformas fijas u otras construcciones» en las zonas de navegación españolas de «residuos, desechos u otras materias cargadas a bordo o depositadas con tal propósito, salvo cuando se cuente con la debida autorización de vertido o esta no sea exigible, según lo previsto en la legislación específica» (art. 116.4.a).

b) «Llevar a cabo con deliberación la contaminación del medio marino por el hundimiento de buques o la destrucción de plataformas fijas u otras construcciones» situadas en las zonas de navegación españolas, «con las mismas excepciones señaladas en el párrafo anterior» (art. 116 4. b). Estos actos no son más que una modalidad de «vertimiento», tal y como expresamente establece el Convenio LDC/72: «todo hundimiento deliberado en el mar de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar» (art. 3.1. a) ii).

c) «La evacuación deliberada de desechos u otras materias resultantes directa o indirectamente de las operaciones normales de los buques, plataformas fijas u otras construcciones», que se encuentren en las zonas de navegación española, «cuando tales evacuaciones se produzcan en contravención de la legislación vigente sobre la materia» (art. 116.4. c). Estamos, de nuevo ante las descargas operacionales efectuadas en contravención del MARPOL y disposiciones de aplicación. Si la conducta negligente era constitutiva de infracción grave, la dolosa lo es de infracción muy grave.

d) «La introducción deliberada, de modo directo o indirecto en el medio marino de sustancias, materiales o formas de energía que puedan constituir un peligro para la salud humana, perjudicar los recursos paisajísticos o biológicos y la vida marina, reducir las posibilidades de esparcimiento u obstaculizar otros usos legales de los

mares, en la medida en que dicha introducción fuera contraria a la legislación vigente o no contase con la debida autorización» (art. 116. 4. d), así como «la introducción negligente, de modo directo o indirecto en el medio marino de sustancias, materiales o formas de energía que puedan constituir un peligro para la salud humana, perjudicar los recursos turísticos, paisajísticos o biológicos y la vida marina, reducir las posibilidades de esparcimiento u obstaculizar otros usos legales de los mares, en la medida en que dicha introducción fuera contraria a la legislación vigente o no contase con la debida autorización» (art. 115.4.e). La referencia a la legislación vigente se proyectaba, entre otros instrumentos, sobre el CONMAR, Convención de Naciones Unidas sobre derecho del Mar, ya citado.

(...) Por último en el aspecto objetivo exige el tipo previsto en el artículo 325 CP la creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido, es decir, para el medio ambiente y el equilibrio de los recursos naturales. El mero hecho de transportar 76.972 toneladas métricas de fueloil pesado genera un riesgo para el mar y todo el medio marino. Si además, como en este caso, se acomete el transporte con un buque de unos 26 años de antigüedad y en un deficiente estado de conservación; sobrecargado, con un sistema de remolque anticuado, asumiendo una navegación que la sentencia recurrida calificó de arriesgada, por aguas que no son tranquilas y en unas condiciones meteorológicas adversas, es evidente que ese riesgo no solo existió, sino que por su entidad fue algo más que grave.

No solo se creó ese riesgo «grave», sino que éste se concretó en una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos a consecuencia del intenso y extenso vertido de combustible que propició la abertura que se produjo en el casco de estribor del barco, por la que salieron unas 63.000 toneladas del fuel que se transportaba.

Según concretó el relato de hechos probados de la sentencia recurrida «resultó contaminada una extensa zona de la costa norte y noroeste españolas y de la costa oeste francesa, y además se produjeron daños en instalaciones particulares y públicas, así como perjuicios consistentes en el cierre o reducción de negocios directa o indirectamente relacionados con actividades pesqueras y marisqueras, además de influir en una utilización muy reducida de espacios naturales abiertos al disfrute general y con obvias implicaciones en el negocio turístico».

En concreto «resultaron afectados por la llegada de vertidos del Prestige 2.980 km del litoral costero, 1.137 playas contaminadas, 450.000 m<sup>2</sup> de superficie rocosa impregnada de chapapote, 526,3 toneladas de fuel en los fondos de la plataforma continental, una mortalidad estimada de 115.000 a 230.000 aves marinas, todos los ecosistemas marinos afectados, y altos contenidos de HAPs en la biota y sedimentos.

La costa afectada se extiende principalmente desde la desembocadura del río Miño en Galicia hasta El Canal de la Mancha.

Hasta el día 16/01/2003, se atendieron en los centros de rescate más de 2.170 aves, y además fueron soltadas 176 aves en Portugal y 25 aves en algunos puntos de Galicia, lo que supone un total de 201 aves, si bien los perjuicios sobre aves y fauna, en general, han sido extensos y persistentes, siendo de especial relevancia en las ZEPA.

En Galicia, además, resultaron afectadas algunas lagunas y multitud de espacios naturales, singularmente el Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia.

En Cantabria resultaron afectados también playas y espacios naturales, así como en Asturias y en el País Vasco.

Oficialmente se suspendió forzosamente en Galicia la actividad pesquera y marisquera hasta el 17/05/2003».

Riesgo y resultado no son conceptos equivalentes. El primero exige una valoración *ex ante*, que en este caso, como adelantamos al comienzo de este fundamento, permitió consolidar un pronóstico respecto a su existencia y entidad. Pronóstico que se confirmó una vez el riesgo se concretó.

Los estremecedores resultados expuestos constatan que no sólo existió el riesgo de deterioro grave que requiere el artículo 325 del CP, sino que, en atención a la cantidad de fueloil que el Prestige transportaba, también fue previsible el de una auténtica catástrofe que reconduce a la aplicación del tipo agravado del artículo 326 e) del CP según redacción vigente a la fecha de los hechos.

(...) En el aspecto subjetivo, ya hemos dicho que el delito imprudente aparece estructuralmente configurado por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.

A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado, y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado. Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.

(...) El acusado Benjamin Norberto asumió no solo una navegación arriesgada, como la calificó la Sala sentenciadora, sino que creó un grave riesgo, sobre todo en relación con el carácter altamente contaminante de la sustancia que transportaba. Un riesgo que excedió el permitido y se colocó como capitán del Prestige en una situación que le impidió controlarlo en momentos críticos. De esta manera, el barco continuó arrojando fueloil al mar hasta que transcurridos unos días se partió.

Incumplió en consecuencia el deber objetivo de cuidado que le incumbía al generar riesgos no permitidos y no neutralizar los provocados por otros. Y también el subjetivo, pues como capitán del buque estaba obligado a advertir la presencia del peligro grave que asumió.

Contribuyó a agravar las consecuencias del vertido provocado en primera instancia por el fallo estructural del barco, en cuanto que dificultó las posibilidades de rescate del buque, y propició su acercamiento hacia la costa mientras derramaba fueloil de manera intensa, lo que incrementó el peligro que el potencial contaminante de éste suponía para el equilibrio del ecosistema.

El comportamiento del acusado fue mixto de acción en algunos aspectos y de omisión en otros, respecto a los que incumplió con el deber de garante que le incumbía *ex artículo 11* del CP en relación con el transporte por mar de sustancias peligrosas que dirigía, y que le obligaba a neutralizar los riesgos que el mismo pudiera entrañar. Con unos y otros contribuyó a agravar el resultado del vertido contaminante e incrementó la posibilidad de causar un perjuicio grave para el equilibrio del ecosistema, peligro que se concretó en los catastróficos resultados producidos.

Cierto es que su comportamiento no fue el único relevante de cara a la producción del vertido y sus posibilidades de control. Hubo otras aportaciones por parte de quienes tenían la obligación de mantener el barco en condiciones idóneas de navegación y de controlar las mismas, que no han sido acusados en este procedimiento, lo

que no interfiere la imputación del resultado que se realiza, en cuanto que fueron anteriores y sobre el riesgo generado por ellas operó el comportamiento del acusado en las condiciones ya expuestas.

La doctrina de esta Sala (entre otras STS 755/2008, de 26 de noviembre) ha señalado que cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta de aquél no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento. En este sentido, como dijo la STS 940/2004, de 22 de julio, la acción inculpada el tipo del art. 325 CP no se convierte en socialmente adecuada sólo porque otros ya han producido el resultado. También es punible la acción peligrosa que tiene aptitud, consiguientemente, para aumentar el daño ecológico existente. Y en este caso la del acusado Benjamin Norberto la tuvo.

(...) Por último exige el artículo 331 CP que la imprudencia sea grave y en este caso lo es. Tanto por la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado en relación al riesgo no permitido creado y al no neutralizado, como por la importancia del bien jurídico afectado, el equilibrio del ecosistema. También lo es desde una perspectiva subjetiva en relación a la previsibilidad del riesgo por parte del acusado, en los términos que ya hemos expuesto.

La Sala sentenciadora apreció una cierta imprudencia en el comportamiento del acusado, basada sólo en algunos de los aspectos ahora tomados en consideración tales como «navegar en automático, no tener en buen estado los serpentines de la calefacción, tener deteriorado/inservible el remolque de emergencia a popa...». Y no le reconoció la gravedad que exige el artículo 331 CP. Fue una valoración jurídica, como tal susceptible de ser revisada en casación. Y lo ha sido en cuanto a la intensidad de la imprudencia, y en relación a los factores tomados en consideración para conformarla. Eso sí, a partir un escrupuloso respeto a los elementos de hecho que la sentencia de instancia consideró probados, lo que posibilita, con arreglo a la doctrina que se expuso al comienzo de esta resolución, la revocación del pronunciamiento absolutorio en relación al delito imprudente contra el medio ambiente, sin que ello suponga menoscabo de los derechos del acusado.

(...) Los hechos declarados probados respecto al acusado Sr. Benjamin Norberto son constitutivos, según lo expuesto, de un delito imprudente contra el medio ambiente de los artículos 325.1 y 326 e), en relación con el artículo 331 CP. La aplicación de la modalidad agravada expuesta resulta incuestionable, pues se generó un riesgo de contaminación que excedió del meramente grave que exige el tipo básico, cuyos contornos quedaron desbordados con una proyección de lesividad para el medio marino y el ecosistema en general, no sólo irreversible, en los términos que exige esta figura y que quedaron expuestos en el fundamento vigésimo de esta resolución, sino además catastrófica. Riesgo que, a la vista de los resultados producidos, se concretó en una de las más graves catástrofes ecológicas de los últimos tiempos por la intensidad y extensión del vertido, el número de elementos naturales destruidos, de especies marinas afectadas y de actividad económica perturbada.

Riesgo que era previsible, en atención a la cantidad de fuel que transportaba, y la intensidad del vertido que manaba por la abertura producida en el casco del buque. Y además objetivamente imputable al acusado, quien por su propia experiencia necesariamente había de ser conocedor del mismo y hubo de representárselo y en cuyo

ámbito de competencia se encontraba enervarlo en la medida de sus posibilidades. Con su actuación generó riesgo y no neutralizó el creado por otros, sino que lo incrementó más allá de lo permitido. No cabe oponer, con arreglo a la teoría de los cursos causales hipotéticos, que el riesgo de catástrofe ecológica con toda probabilidad o con una seguridad rayana en la certeza, se hubiera producido igualmente aunque el acusado hubiera respetado las reglas de la diligencia debida, dado lo relevante de su actuación.

Son varios los criterios que se pueden seguir para afirmar la imputación objetiva del resultado: la teoría del incremento del riesgo, la teoría del ámbito de protección de la norma y la teoría de la evitabilidad. Cualquiera de esos criterios de imputación pueden afirmarse en el caso que nos ocupa ya que al actuar como lo hizo y omitir determinados comportamientos ya hemos dicho, incrementó el riesgo de que el vertido se produjese y permaneciera incontrolado.

Para la teoría del ámbito de protección de la norma no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretende impedir por tal norma, y en este caso evitar el riesgo de contaminación del mar y de los recursos naturales es uno de los fines primordiales de aquella.

En cuanto a la evitabilidad llamada por un sector de la doctrina «causalidad hipotética», acabamos de referirnos a lo relevante de su actuación.

(...) El término «espacio natural protegido» es un concepto normativo que nos remite a legislación extrapenal. A la fecha de los hechos el artículo 10 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. Ahora la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad. En concreto su actual artículo 28 (numeración que corresponde tras la reforma operada en la misma por la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, que entró en vigor el pasado 7 de octubre, antes artículo 27) dispone: «Tendrán la consideración de espacios naturales protegidos los espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y el medio marino, junto con la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales: a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo. b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados».

El artículo 30 de la misma norma (antes 29) dispone: «En función de los bienes y valores a proteger, y de los objetivos de gestión a cumplir, los espacios naturales protegidos, ya sean terrestres o marinos, se clasificarán, al menos, en alguna de las siguientes categorías: a) Parques; b) Reservas Naturales; c) Áreas Marinas Protegidas; d) Monumentos Naturales; e) Paisajes Protegidos.

Corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los Espacios Naturales Protegidos en su ámbito territorial. Y corresponde a la Administración General del Estado la declaración y la gestión de los Espacios Naturales Protegidos en el medio marino, excepto en los casos en que exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente, en cuyo caso esas funciones corresponderán a las comunidades autónomas (artículo 37)».

(...) Más allá de cualquier análisis respecto a posibles relaciones concursales del citado artículo 330 CP, el rechazo a su aplicación viene justificado porque del relato de hechos de la resolución impugnada que, como ya hemos señalado con anterioridad, nos constriñe, no se deducen los presupuestos que determinarían su aplicación.

Ni en relación a la identificación del espacio protegido afectado, ni al daño grave en algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo como tal.

El relato de hechos de la sentencia impugnada habla de la afectación de «espacios naturales», sin especificar mínimamente en que consistió ésta, o si entre ellos se incluyen alguno o algunos de especial protección. Solo singulariza en la identificación, que no en el alcance de la afectación, del «Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia», lo que no resulta bastante para entender afectados algunos de los elementos que hayan servido para calificarlo, cuya descripción habrá de buscarse en el instrumento normativo que declare el espacio en cuestión (en este sentido se pronunció la STS 876/2006, de 6 de noviembre).

Por las mismas razones hemos de rechazar la aplicación del artículo 338 CP incluido entre las disposiciones comunes no sólo a los delitos contra el medio ambiente, sino a todos los previstos en el Título XVI del Libro II del CP que reivindicaron los recursos del Fiscal, del Estado francés, del Consejo de la Bretaña, de Aurelio Paulino y otros, de Amegrove y de Arco Iris.

Este precepto tiene ámbito de aplicación más amplio, en cuanto que afecta todo el Título XVI, y exige menores precisiones que el artículo 330 CP. El artículo 338 CP prevé la imposición de la pena superior en grado a las respectivamente previstas, cuando las conductas definidas en el citado Título «afecten a un espacio natural protegido». Así que, aunque pudiéramos entender que la alusión en el relato de hechos al Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Illas Atlánticas de Galicia es suficiente para entender que se trata de un espacio protegido, lo que no resulta bastante a los fines de sustentar esta agravación es la falta de una mínima especificación respecto al grado e intensidad de la afectación. En este sentido, de conformidad con el criterio fijado en la STS 1664/2002, de 28 de marzo de 2003, la agravación contenida en el artículo 338 CP exige determinar qué concreto espacio natural ha sido afectado y de qué manera.

(STS 865/2015, de 14 de enero)

## ARTÍCULO 368 CP

*Tráfico de drogas y autoconsumo compartido: Anulación de Sentencia absolutoria en caso de asociación cannábica de gran tamaño –unos 2.000 miembros–: diferencia esencial con otros precedentes jurisprudenciales que obligan a una consideración diferente. Voto particular*

(...) Las diferencias con los casos analizados en otros precedentes de esta Sala y en particular con el contemplado en la reseñada STS 484/2015, estriban en que i) se desconoce la forma en que se provee el colectivo de la sustancia –no consta, según el *factum*, que sea un cultivo promovido por ellos–; ii) se establece oficialmente el compromiso, aunque no taxativo («inicialmente») de consumir en el local lo que también era nota predicable de alguno de los antecedentes jurisprudenciales mencionados; iii) la, al menos provisional, oficiosidad administrativa de la asociación que no había sido aún inscrita aunque contaba con licencia municipal amparada en una normativa de ese nivel local; y iv) el número mucho más abultado de socios (se supera el listón de dos millares).

Esos elementos diferenciales son irrelevantes, por lo que hay que reiterar la doctrina sentada en esos aludidos precedentes jurisprudenciales.

a) Que no se haya averiguado el origen concreto de la sustancia incrementa el aroma de clandestinidad: solo con cierta opacidad se puede mantener operativa una actividad como la desplegada, inequívocamente contraria a las leyes, aunque se presente con un ropaje de aparente normalidad disimulando o encubriendo una de sus acciones principales: ser intermediarios –que exista o no ánimo de lucro es indiferente– entre quien produce la droga y el consumidor. No basta la retórica protesta estatutaria de no querer incurrir en delito. Ese propósito se alcanza si no se realizan actividades delictivas. Y esta lo es.

b) El número de socios es tan alto que por más que se intente minimizar la cifra esgrimiendo bajas no reflejadas (lo que no deja de ser signo también de cierto descontrol) no permite buscar abrigo en la doctrina del consumo compartido. Es imposible establecer unos lazos de mínimo conocimiento de esos dos millares de personas; como no es tampoco imaginable un elemental rigor en la comprobación de que las personas que se inscribían como socios eran ya consumidores. Acreditar la identidad y la edad sería suficiente. No es nada dificultoso conseguir un avalista o atribuirse la condición de consumidor.

Incluso en los ordenamientos que han abierto la senda de una despenalización controlada y mitigada se establecen unos requisitos más rigurosos, repudiándose una asociación de esas características con un número tan alto e incontrolable de integrantes. Luego citaremos algunos ejemplos.

La sentencia del Pleno de esta Sala 484/2015, inspiradora en buena parte de la presente, venía acompañada de algunos votos particulares. Pues bien, ninguno de los magistrados componentes de la Sala, ni los que conformaron la mayoría, ni los que tuvieron a bien exteriorizar sus discrepancias con la solución o con algunos de los argumentos, cuestionaban la tipicidad de la conducta allí analizada y eran solo 290 los socios. Alguno de los votos particulares no consideraba viable la condena por razones procesales (conversión de una sentencia absolutoria en condenatoria) o por entender que estábamos ante un error invencible (lo que afectaba a la segunda sentencia; no a la de casación), e invocando en último término una causa supralegal de no exigibilidad. Pero se hacía expresa protesta del indubitado encaje legal de los hechos en el art. 368 CP (*vid.* igualmente el voto particular que acompaña a la STS 596/2015, de 5 de octubre). Otros consideraban que, siendo típica la conducta, deberían haberse proporcionado algunos parámetros para fijar dónde acaba el consumo compartido despenalizado, y dónde empieza la conducta típicamente antijurídica en el caso de asociaciones canábicas. Entre las pautas que se fijaban se señalaba como ineludible un limitado número de asociados, teniéndose por tal el que no rebasase en ningún caso la treintena. Dista un buen trecho hasta los dos millares de que habla la sentencia. Nada que ver esa ponderada medida con el volumen de socios que maneja la asociación que ahora enjuicamos.

c) Por fin, que formalmente se asumiese la obligación de consumir la droga en el local no añade nada significativo. También en el caso examinado en la citada STS 484/2015 como aquí, no se declaraba probado que la droga intervenida en el exterior del local social procediese de la asociación. Y se apostillaba expresamente que ese elemento era prescindible para afirmar la tipicidad, en aseveración no cuestionada en ninguna de las opiniones discrepantes y que además se reitera en la STS 596/2015. La antijuridicidad o no de la conducta no puede bascular sobre ese dato. Quedaría la salud pública supeditada a un requisito formal: sería delito si se consiente, aunque sea esporádicamente, consumir la sustancia fuera del local; y no lo sería si se consume en

el local. ¿Qué diferencia desde la perspectiva del bien jurídico hay entre ambos supuestos para que solo el primero sea merecedor de una pena privativa de libertad?

(...) Conviene en primer lugar resaltar que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal es, en principio, dato intrascendente. Estamos ante un delito de riesgo que protege la salud pública. Una asociación dedicada a distribuir de manera gratuita y altruista drogas, incluso si se limita a repartirla entre quienes, siendo usuarios, demostrasen penuria de medios económicos, favorece el consumo ilegal de sustancias estupefacientes (art. 368 CP). Para el bien jurídico «salud pública» es indiferente que la difusión de droga se efectúe mediante precio, gratuitamente, o restituyendo exclusivamente su coste. Si se conviene que una actividad como la analizada en este procedimiento no pone en riesgo el bien jurídico tutelado de forma penalmente relevante, discriminar entre unos y otros supuestos (puro altruismo con gratuidad total, lucro desmedido, o mera contribución a los gastos) se antoja caprichoso. En principio el riesgo para la salud pública generado, si se produce, no varía por razón del móvil que anima al autor. Si se sostiene que la producción y distribución de cannabis en las condiciones en que lo hacía la Asociación de referencia no afecta de modo penalmente significativo al objeto de protección del art. 368 CP, no habría razones para sostener que sí quedaría vulnerado si la distribución fuese gratuita; y menos todavía (la facilitación tendría menor potencialidad difusora por menos atractiva) si se exigiese el pago de precios superiores para propiciar una justa remuneración por sus tareas a los responsables o incluso para acumular ganancias concibiéndola como negocio. Las motivaciones egoístas o lucrativas pueden despertar más antipatía o mayor reproche; pero en relación estricta al bien jurídico son rigurosamente neutras. El objeto de protección no es el patrimonio o la capacidad económica del consumidor de estupefacientes.

La presencia de ánimo de lucro solo tendrá relevancia indirectamente, como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la alteridad que es presupuesto de la punición de estas actividades.

El autoconsumo está excluido del radio de acción del art. 368 CP. El autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa.

Pues bien, un factor de identificación de lo que es consumo compartido para diferenciarlo de lo que es una acción de facilitación del consumo ajeno puede estribar precisamente en la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunde en beneficio de quien aporta la droga para la ingesta conjunta. Será claro indicador de que su conducta rebasa el estricto autoconsumo compartido. Comercia; y eso acredita la alteridad. Ya no es un grupo reducido que conjuntamente compra y consume. Y es que, en efecto, aunque la denominación consumo compartido está consagrada, sería más exacto, como se ha propuesto hablar de «compra compartida» o «bolsa común».

Ahora bien, de ahí no cabe extraer la peregrina consecuencia de que el ánimo de lucro tenga significación decisoria a efectos del bien jurídico.

(...) La pieza central del discurso argumental ha de ser el art. 368 CP, aunque no en exclusividad: la legislación administrativa sobre drogas tóxicas o estupefacientes ha de ser tomada también en consideración. No en vano el tipo contiene una referencia normativa (consumo ilegal).

Al mismo tiempo, la normativa convencional o supranacional se erige en referente insoslayable.

A nivel internacional es de cita obligada la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única, de Naciones Unidas. La toxicomanía constituye un mal grave para el

individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, declara el Convenio. El cannabis está incluido en el listado de sustancias cuyo consumo se pretende combatir.

Tanto esa Convención de 1961 (art. 36), como la posterior de Viena de 1988 (art. 3) obligan a los países firmantes a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

En la Unión Europea es instrumento básico la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. El proceso de revisión a que está sometida en la actualidad no afecta a lo que es determinante para la cuestión aquí estudiada.

A los efectos que nos interesan ahora resulta esencial la lectura de su art. 2:

«1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho:

- a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas;
- b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis;
- c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a);
- d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines.

2. Las conductas expuestas en el apartado I no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional».

Si mediante el art. 368 CP se reputa debidamente incorporada al ordenamiento interno esa Decisión, no es fácil armonizar con los contundentes términos del transcrito precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en la distribución periódica de cannabis a los miembros de una asociación en número superior a dos mil personas escape a la prohibición penal que propugna la Decisión. Bien es cierto que el párrafo segundo habilita a los Estados para excluir los casos en que los autores actúan con fines de consumo personal tal como lo define la legislación nacional (la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo a ese artículo en el proceso de modificación aludido no cambiaría esencialmente los términos de la cuestión). Subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo personal. Pero hay unos límites a la interpretación: se precisan equilibrios lingüísticos y denodados esfuerzos dogmáticos tanto para considerar la actividad ahora contemplada como exclusivo consumo personal; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la inter-

pretación tradicional y durante muchos años incuestionada de un precepto legal no alterado en la categoría de legislación nacional. Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles. Pero habría que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo exclusivo consumo personal. Si quisiéramos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del consumo o cultivo compartidos como conductas impunes hasta esos extremos sería paso previo ineludible la activación del mecanismo de la cuestión prejudicial para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un consumo asociativo concebido de manera tan amplia.

La no persecución en algunos miembros de la Unión de supuestos asimilables (Países Bajos, significativamente) en determinadas circunstancias es posible a causa y con base en un principio de oportunidad que rige en su proceso penal y a la forma de funcionamiento de su Fiscalía. Los comportamientos que se desarrollan en una *coffeeshop* están regulados en el art. 11 de la Dutch Opium Law en condiciones muy severas refrendadas por algún pronunciamiento no lejano de la Corte Suprema de tal nación. El art. 2, párrafo 2 de la Decisión marco, sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 g cannabis) que ha permitido incluso la apertura de un club social de cannabis con reglamentación muy estricta (vid. S. Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, asunto C-137/09, asunto Marc Michel Josemans). Las reglas e instrucciones previstas en la Opium Law deben ser respetadas. El suministro y la producción, son perseguibles en todo caso.

El necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco muy someramente de algunas otras tendencias en el derecho comparado. No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países.

En Uruguay la Ley n.º 19.972 regula la producción, distribución y venta de cannabis. Se tolera su plantación, cultivo y cosecha doméstica, entre otros fines, para el consumo personal o compartido. Como tal se entiende el cultivo de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta un máximo de 480 gramos. Queda igualmente legitimada la plantación, cultivo y cosecha de plantas por clubes de membresía, que funcionarán bajo control del denominado Instituto de Regulación y Control del Cannabis. Deben estar autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación y en las condiciones definidas reglamentariamente. El número de socios no puede sobrepasar los cuarenta y cinco; esta limitación contrasta con la amplitud del supuesto origen de este asunto. Se pueden plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de recolección un máximo de acopio proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el consumo no medicinal de dicha sustancia –40 gramos mensuales por usuario–. También en ese punto es significativo el contraste que resulta de una comparación con lo que relata el hecho probado de la sentencia ahora fiscalizada.

Cuatro Estados de USA –Colorado, Washington, Oregón y Alaska– han legalizado el uso recreativo de la marihuana. Otros veinte lo habían hecho, desde 1996, para exclusivo uso medicinal. Las normas coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En todo caso la distribución y venta ilegal de marihuana sigue conformando un delito federal de acuerdo con la Controlled Substances Act (CSA). El Departamento de Justicia publicó el 29 de agosto de 2013 una guía dirigida a los Fiscales Federales en la que se incluyen los criterios a seguir ante esta realidad, confiando en que los controles estableci-

dos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.

También en esos ordenamientos en que se ha procedido a una parcial liberalización, hechos como los aquí analizados serían objeto de persecución penal.

(...) En la esfera de la normativa administrativa cumplidamente expuesta y glosada en el recurso del Fiscal, hay que atender a las disposiciones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas. Según su art. 2 «se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca» (Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto).

Con meridiana claridad el art. 8 de la ley prohíbe su producción:

«Ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización». El art. 9 excepciona tan solo el cultivo de cannabis destinado a fines industriales siempre que carezca de principio activo.

Su propaganda u oferta están igualmente prohibidas (art. 18) a salvo las correspondientes autorizaciones.

A nivel autonómico y local el cuadro normativo se ha enriquecido en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal.

La Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra está suspendida en virtud de resolución de fecha 14 de abril de 2015 del Pleno del Tribunal Constitucional (asunto 1534-2015) luego ratificada por Auto del mismo Tribunal de 7 de octubre siguiente en el que podemos leer:

«En suma, una vez acreditada la existencia de una relación causal entre la vigencia de la Ley impugnada, que regula las actividades de unas asociaciones constituidas en torno a la práctica del consumo de cannabis, y la posible realización en el marco de sus previsiones, de conductas que podrían ser subsumibles en el tipo penal contemplado en el art. 368 CP, este Tribunal debe concluir que la vigencia de la Ley autonómica tendría un impacto claramente negativo no solo en la seguridad y salud públicas, sino también en la seguridad jurídica, al permitir que se crearan situaciones de hecho que dificultarían gravemente la restauración de la legalidad penal si las conductas contempladas por la Ley fueran después calificadas como infracciones penales, produciendo con ello perjuicios importantes e irreversibles o difícilmente reversibles en los intereses públicos.

Ante la señalada relación directa no puede prevalecer la presunción de validez propia de las leyes emanadas de una asamblea legislativa democráticamente elegida. Por ello, nuestra decisión debe consistir en mantener la suspensión de la norma controvertida en su totalidad».

La Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, por la que se aprueban criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas y sus clubes sociales y las condiciones del ejercicio de su actividad para los ayuntamientos de tal comunidad, o una Ordenanza municipal del Ayuntamiento de San Sebastián aprobada en el Pleno celebrado el 30 de octubre de 2014 constituyen otras referencias normativas en un plano inferior.