

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 equivocado 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 culpable 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, entendiéndose 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 m² 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 conduce 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 exceptiona 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.

(...) Retornemos al ordenamiento penal. El art. 368 CP castiga, el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada: «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines».

Se quiere abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto.

La STS 1312/2005, de 7 de noviembre, explica cómo el objeto de protección es especialmente inconcreto. La salud «pública» no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente consideradas. El objetivo, del legislador, más que evitar daños en la salud de personas concretas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población

El consumo ilegal es el concepto de referencia del tipo penal. En sí mismo no está incluido como conducta punible; pero es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitarlo. Entre esos actos se mencionan expresamente el cultivo, la elaboración o el tráfico.

Acotar qué ha de entenderse como consumo ilegal es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que consumo ilegal (es decir, no conforme a la legalidad aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción) es «toda utilización o ingesto de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud» (STS 670/1994, de 17 de marzo). Si se entendiese de otra forma el consumo ilegal, vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como último puerto de destino una acción de autoconsumo (salvo supuestos nada frecuentes que, precisamente por ello, en algunos casos pudieran no estar cubiertos por la tipicidad del art. 368: vid STS 469/2015, de 30 de junio). Que ese autoconsumo no sea punible no lo convierte en legal.

Lo explica el citado precedente jurisprudencial: «Al negar el carácter ilegal del autoconsumo el recurrente está confundiendo la ilicitud genérica de un acto dentro del ordenamiento jurídico con la ilicitud penal, cuando esta es sólo es una parte de aquella ilicitud acotada por las definiciones típicas de la ley punitiva, esto es, la antijuridicidad tipificada. De la propia estructura del tipo del art. 344 del C. P. cae por su peso que por «consumo ilegal» de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesto de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. La tesis del recurrente de que por el hecho de que el autoconsumo no está sancionado penalmente, es un consumo legal, por lo que toda entrega o facilitación de la droga a un consumidor no puede entenderse como favorecimiento del consumo ilegal que exige el tipo del art. 344, vaciaría de contenido dicho precepto penal y desampararía el bien jurídico que pretende tutelar, que se vería puesto en peligro con actos que no podrían ser reprimidos cuando, por el contrario, es precisamente ese consumo por los drogodependientes lo que, en defensa de la salud pública, se pretende combatir con la norma prohibitiva y sancionadora de su promoción, favorecimiento y facilitación que se incluye en el citado art.º 344.

El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España

al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación (art.º 96.1 C. E.). Estos convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art.º 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967, ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su art.º 1.º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias, y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son «géneros prohibidos». De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance, forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos.

En conclusión, y para dar respuesta a la petición expresa de los recurrentes, debemos declarar que todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un «consumo ilegal» a los efectos de cumplir el tipo del art. 344 del C. P., como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente».

El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. Todas las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido) son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción...). También el cultivo o aprovisionamiento serán atípicos cuando no se detecte alteridad presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros. Son contrarios a la legalidad, pero carecen de relieve penal.

(...) La desmesurada extensión, antes aludida, de la conducta castigada en el tipo penal, combinada con la consideración como impune del consumo propio (por más que no pueda definirse como legal desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico), así como la necesidad, confesada o no, de limitar el alcance del precepto punitivo embridando su aptitud gramatical para acoger acciones muy dispares, ha llevado a considerar atípico no sólo el consumo particular, sino también el practicado en grupo aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación recíproca entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia).

Si particularizamos los requisitos reiterados por este Tribunal para aplicar esta doctrina, las posibilidades de ser proyectada a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas; nulas.

Ni en su fundamento ni en sus requisitos pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis.

Contamos con un primer precedente jurisprudencial ya aludido referido específicamente a una asociación de similar naturaleza. La STS 1377/1997, de 17 de noviembre, abordó hace ya más de quince años un supuesto semejante ofreciendo una respuesta tan inequívoca como contundente.

La filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando. «Compra conjunta» o «bolsa común» son quizás, como se dijo, denominaciones más precisas.

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio:

Es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre, y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras).

La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

1.º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2.º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo «en lugar cerrado». La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3.º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

4.º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre, o la STS 888/2012, de 22 de noviembre, en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobra:

a) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de enero de 1995).

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad ha de ser reducida o insignificante (STS de 28 de noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de marzo de 1995),

e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de marzo de 1998).

f) Debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de febrero de 1999).

Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre, alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando

un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

Tal sentencia acaba por afirmar la tipicidad en virtud de la relevante cantidad de droga ocupada que excedía de la destinada a un consumo inmediato o diario. Además «los recurrentes no afirman que la droga ocupada hubiese sido adquirida mediante un fondo común para su consumo en un acto concreto por un pequeño número de adictos previamente identificado, sino que la califican como sobrante de una fiesta ya realizada, y dispuesta para consumos ulteriores por visitantes de la casa, que variaban de una vez a otra. Es decir, por plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, lo que implica actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina.

En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico, por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien, cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería «típico».

(...) Retomemos el supuesto analizado. La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de usuarios habituales de la sustancia, y demás circunstancias que rodean esa actividad desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina sino sobre todo su filosofía inspiradora.

Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos –uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad–; y la organización metódica de una estructura institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración casi indiscriminada, sucesiva y escalonada de un número no limitado de personas hasta superar los dos mil. Esto –se capta intuitivamente– es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino planificada, preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse «reducido» y que permanece abierto a nuevas incorporaciones ilimitadas.

Se hace inadmisibles considerar que no es favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.

No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado. Precisamente por ello podrían generarse llamativas paradojas: negar la incardinación de supuestos como éste en el art. 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

Admitir la atipicidad propugnada por la sentencia de instancia llevaría inmediatamente, salvo complicados razonamientos, a respaldar asociaciones semejantes en relación a las denominadas drogas duras. Cientos de consumidores de cocaína o de sustancias psicotrópicas, coordinados para el cultivo de cocaína o para proveerse de esas sustancias y distribuirlas organizadamente sería actividad tolerada. No es difícil comprender que esa conducta está prohibida penalmente por decisión consciente y expresa de nuestro legislador.

(...) Como ya se dijo en la STS 484/2015 estas consideraciones no obstan a que puedan quedar al margen del Derecho penal acciones que en una primera aproximación encajarían –como el consumo compartido– en los amplísimos contornos de la descripción típica del art. 368 CP pero en las que, como en éste, no se detecten las razones que motivan esa punición por faltar la alteridad. Se trataría, como en el consumo compartido, de actuaciones asimilables al autoconsumo, aunque se prediquen de un colectivo. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. La atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico no son equivalentes. Hay conductas ilícitas –el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (art. 8.1 de la Ley 17/1967 ya citada)–, que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias. De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico.

Como se decía en la STS 484/2015, la actividad desarrollada por los conocidos como clubes sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.

Sí traspasará las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.

Evaluar cuándo la filosofía que inspira la atipicidad de la «compra compartida» puede proyectarse a supuestos de cultivo o acopio colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuridicidad desde el bien jurídico –evitar el riesgo para la salud pública– a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente. Pueden apuntarse indicadores o factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es tarea de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) elaborar una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del art. 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito. Eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar la tipicidad del art. 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aún

siendo colectiva, encaje naturalmente en este segundo ámbito, por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no son típicas.

Desde esas premisas son indicadores que favorecen la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad; el carácter cerrado del círculo; el consumo ordinariamente en recinto cerrado; de la intensidad de los vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y tanto constatar los respectivos hábitos de consumo; como adquirir la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado;

No se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, informal y sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, en el bien entendido de que finalmente habrá que dilucidar caso a caso la presencia o no de esa condición de alteridad, aunque aparezca camuflada bajo una ficticia apariencia de autogestión.

El número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados, que adoptan ese acuerdo de consumo; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de proselitismo, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación –consumo en lugares cerrados– o trivialización –tal conducta, siendo atípica, es ilícita–, ayudarán a afirmar esa atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

En el supuesto ahora analizado un núcleo de personas organiza y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control... y ponen tal estructura al servicio de un grupo amplísimo e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores –aunque sean también consumidores– frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta penalmente no tolerada.

Tratándose de consumo, que no de cultivo, compartido habrá que estar a las pautas reiteradas en la jurisprudencia bien entendidas, es decir, no como requisitos *sine qua non*, sino como criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar.

En conclusión, yerra la Audiencia al considerar esta conducta irrelevante desde el punto de vista penal: es una actuación típica antijurídica y merecedora de reproche penal, salvo que concurra alguna causa de inculpabilidad.

La sentencia ha de ser casada.

VOTO PARTICULAR.

QUE FORMULA LA MAGISTRADA D.^a Ana María Ferrer García:

(...) Generalmente la jurisprudencia de esta Sala ha considerado el delito contra la salud pública como un delito de riesgo abstracto, que se encuentra presente en la acción, aun cuando no estén identificados los posible afectados. Si bien, como matizaba la STS 29 de mayo de 1993 (recurso 1471/1991) «peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada... no están concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso

es que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquel bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción».

El tráfico de drogas es, pues, un delito de peligro abstracto, en el que se adelantan las barreras de protección con la consumación anticipada, pero eso no autoriza a prescindir de la potencialidad del daño individual y de su prueba. Referencia sin la que no podríamos distinguir entre sustancias que causan grave daño a la salud y otras que causan menor daño.

Cualquier análisis acerca de lo que debemos entender como salud individual y su protección nos conecta con la relevancia del consentimiento, hasta concluir que la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad libremente formada de su titular, por lo que las autolesiones resultan impunes. Sobre esta idea afirmamos la atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas, que, aun cuando pueda perjudicar a la salud individual, no afecta a la pública en la medida que no implique riesgo de difusión entre otros sujetos. Y esta idea nos permite acotar el alcance del artículo 368 CP cuando habla de «consumo ilegal».

No es que el autoconsumo atípico sea legal, pues la legalidad no se identifica exclusivamente con la penal sino también con la administrativa, y de acuerdo con la misma, como puso de relieve la sentencia del Pleno con reproducción de lo dicho al respecto en la STS 670/1994, de 17 de marzo, será ilegal «toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud».

A lo que se refiere el artículo 368 CP es al consumo «ilegal» pero ajeno o de un tercero, pues el «ilegal» pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma. Los contornos de la libertad individual no se desdibujan por el hecho de que sean varios los sujetos concernidos, de tal manera que en relación al bien jurídico protegido por el artículo 368 CP, considerar el autoconsumo de varios atípico es consecuencia obligada de la atipicidad del autoconsumo de cada uno. No habrá peligro para la salud pública ni tipicidad, cuando la droga esté destinada a un solo y concreto individuo o a varios determinados que han contribuido a su adquisición, siempre que la cantidad se adecue al consumo de que se trate, y pueda descartarse el riesgo de difusión a terceros.

Generalmente las asociaciones del tipo de la que ahora nos ocupa, conocidas como Clubes de Cannabis, abarcan en su funcionamiento el cultivo de la sustancia que posteriormente distribuyen entre sus socios.

En este caso no cabe hablar de cultivo, pues la sentencia recurrida declaró probado que la Asociación Cultural Línea Verde BCN obtenía la marihuana de ignorados proveedores, por lo que el análisis debe centrarse en dilucidar si su adquisición y el almacenamiento en sus dependencias son actos típicos y si su posterior distribución es un acto de favorecimiento punible.

Lo relevante desde la óptica del bien jurídico es si la distribución de esa sustancia adquirida para el consumo conjunto de los socios se realizaba en condiciones que permitieran asegurar razonablemente que la marihuana no se iba a difundir fuera del colectivo que ellos formaban. Y el riesgo que esto último podía implicar quedó neutralizado porque el consumo que facilitaba la asociación debía realizarse en los locales de la misma, a los que accedían solo los socios. Y este es el punto que sustenta la diferencia del supuesto que ahora analizamos con el de la Sociedad EBERS de Bilbao. Allí los socios podían sacar la sustancia para consumirla fuera de sus locales. En ese momento surge ya un riesgo de difusión a terceros, que si bien es mínimo y prácticamente irrelevante en los casos en que cada uno de los sujetos dispusiera de la cantidad fijada como patrón básico de consumo (2 gramos/día), se incrementa expo-

nencialmente ante la posibilidad de que hicieran acopio para varios días, hasta un total de 180.

Según se desprende del relato de hechos probados de la sentencia ahora recurrida, la Asociación Cultural Línea Verde BCN no funcionaba igual. En su caso el consumo había de hacerse en los locales de la propia asociación. Es cierto que aquél emplea una fórmula algo imprecisa al decir «si bien inicialmente el consumo era dentro del propio local», lo que puede inducir a pensar que después se optó por otro sistema. Sin embargo, hemos de descartar esta hipótesis, pues no solo no dice que así ocurriera, sino que el apartado relativo a la valoración de la prueba que se practicó en el acto del juicio avala esa conclusión. La Sala sentenciadora explicó que todos los acusados afirmaron «su cargo en la asociación y que incluso tenía autorización del Ayuntamiento de Barcelona, que funcionaban como una asociación de consumidores para tener un local donde fumar marihuana, afirmando las reglas de funcionamiento de la asociación que establecían que el consumo debía ser inmediato y en el interior del local, negando se dedicaran a la venta o entrega de papelinás o droga alguna a terceros y afirmando que las sustancias intervenidas eran para su autoconsumo por parte de los asociados a la entidad dentro del local sede de la asociación, y no para sacar la droga fuera del local» sin que se practicara prueba en contrario, más allá de la testifical de referencia de los agentes que hicieron algunas incautaciones de marihuana, respecto a las que el relato de hechos concluyó «sin que haya quedado suficientemente acreditado ni la identidad de las mismas, la cantidad que portaba cada una, ni si la habían o no comprado en el local del que salían, siendo que si eran socios de la asociación».

En conclusión, tratándose de un consumo en las propias dependencias de la asociación, por parte de los distintos socios, quienes sufragan con sus propias aportaciones la sustancia a la que acceden, no se aprecia riesgo de que pudiera verse afectada la salud de terceros ajenos, ni en consecuencia lesionado el bien jurídico que protege el artículo 368 CP, lo que nos proyecta un supuesto de autoconsumo conjunto atípico.

Es cierto que el número de socios, en el que no consta se anotaran las bajas, supera con creces ese núcleo reducido de consumidores que viene fijándose como presupuesto de aplicación de la doctrina de construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido. Pero todos ellos, como miembros de la asociación, contribuían a sufragar la sustancia que estaba destinada a su autoconsumo, sin propósito de que el consumo se pudiera extender al de terceras personas. De esta manera el elemento cuantitativo pierde relevancia cuando podemos excluir un riesgo real y patente de distribución a terceros.

Supuestos como el que analizamos desbordan los contornos de la construcción jurisprudencial sobre el consumo compartido, que considera atípicos supuestos de consumo plural, en que un número reducido y determinado de personas se agrupan para la adquisición y ulterior e inmediato consumo conjunto en un lugar cerrado, de la sustancia estupefaciente sufragada entre todos (entre las más recientes STS 508/2016, de 9 de junio). Sin embargo, ello no es óbice para, como alternativa, tratar de fijar criterios que faciliten la adaptación a la misma (en este sentido mi apoyo al voto particular formulado a la Sentencia 484/2015 que así lo demandaba). Sobre todo ante la relevancia social de la cuestión, que pretende trazar vías hacia un consumo controlado y responsable de cannabis en sus distintas variedades, entre socios mayores de edad y en pleno uso de sus facultades de autodeterminación y gobierno, aptos, en consecuencia, para decidir respecto a su propia salud. Pues como se decía en el citado voto particular, cuando de asuntos de interés general se trata, y este lo es, compete a esta Sala de Casación hacer evolucionar el derecho para adaptarlo a la realidad social, sin desviarnos del rumbo que marca la seguridad jurídica.

(STS 698/2016, de 7 de septiembre)

ARTS. 368 Y ART. 570 TER CP

Tráfico de drogas. Grave adicción a sustancias: mero consumidor que participa en operaciones de tráfico de importantes cantidades de droga. Grupo criminal: diferencias con codelinuencia

(...) Examinada la historia legislativa del precepto, podemos concluir que el párrafo segundo del artículo 368 CP permite imponer la pena inferior en grado a las previstas en el párrafo primero, atendiendo a la escasa entidad del hecho –lo que nos coloca en el ámbito de la antijuridicidad– y a las circunstancias personales del autor –que nos reconduce al área de la culpabilidad–. Se trata, además, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, y que resulta controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La «escasa entidad del hecho» debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9-6-2010, en la que se invoca la «falta de antijuridicidad y de afectación al bien jurídico protegido», siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.

En cuanto a la menor culpabilidad, las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvalorización del artículo 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP. En el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2006, que presentaba una redacción semejante al subtipo actual se llamaba la atención como prototípica a la situación subjetiva de quien siendo adicto vende al menudeo para sufragarse su adicción. Ésta en efecto podía ser una circunstancia valorable en el ámbito del subtipo, como el hecho de que se tratase de la primera actuación delictiva sin poseer antecedentes por el delito contra la salud pública ni por cualquier otro y en general otras situaciones en que la exigibilidad del

comportamiento de respeto a la ley fuese menos intensa, aunque no concurriesen propiamente los presupuestos de las causas de inimputabilidad o de culpabilidad.

Otra de las características del subtipo de atenuación facultativa es la utilización de la conjunción copulativa «y», en lugar de la disyuntiva «o». Desde luego, la utilización de a conjunción copulativa permite afirmar que cuando cualquiera de los dos parámetros desaconseje a apreciación del precepto, por no ser menor la culpabilidad o la antijuridicidad, el párrafo segundo del artículo 368 CP no podría aplicarse. Por ejemplo, en el caso de un adicto que se costease su adicción cometiendo un delito contra la salud pública en cantidad de notoria importancia, no podría aplicarse el precepto estudiado, pues la culpabilidad podría ser menor, pero no la antijuridicidad del hecho. Ahora bien, el problema se suscita en aquellos casos en que simplemente es menor la culpabilidad o la antijuridicidad, pero no ambas a la vez, y además el parámetro no concurrente se revelase como inespecífico. Serían supuestos en que concurra claramente uno de los parámetros, pero el otro, sin ser negativa, resulta simplemente neutro. Entendemos que, en este caso, el Tribunal podría apreciar la atenuación, pues el precepto sólo exige que atienda a la «escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del autor», realizando una ponderación completa y conjunta de ambos parámetros, pero sin exigir que concurren ambos, bastando con la concurrencia de uno de ellos y la inoperatividad del otro por resultar inexpresivo.

Requisitos que no concurren en el caso presente. Así en STS 782/2005(sic) de 14.12, se recuerda que «la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor, la cuantía es uno de los criterios –no el único– que la Ley toma en consideración vital para resolver el asunto. No es el único parámetro para evaluar la gravedad, pero la cantidad es un guía nítida para la ley. De ahí que uno de los principales datos que pueden llevar al intérprete a estimar en materia de delitos contra la salud pública que el hecho reviste «escasa entidad» será justamente la reducida cuantía de la droga manejada. Obvio resulta que la implicación del recurrente en una operación de tráfico de cocaína, de 434, 98 gramos con una pureza del 84,8%, impide hablar de la «escasa entidad» del hecho.

(...) 1.º Como hemos dicho en SSTS 337/2014, de 16.4, 577/2014, de 12.7, 454/2015, de 10.7, 505/2016 de 0 (sic).6, entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del L. II, que comprende los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente «todas las formas de criminalidad organizada», y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el «Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada», que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril, que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del

Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS 271/2014, de 25.3, se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que «Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes».

«La estructura de las nuevas infracciones –añade la exposición de motivos de la LO 5/2010– responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas».

Asimismo en recientes sentencias 513/2014, de 24.6, 371/2014, de 7.5, la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010, contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: «La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

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

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurre ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra solo uno de ellos.

Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas –lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal–.

La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTS 309/2013, de 1.4, 855/2013, de 11.11, 950/2013, de 5.12, 1035/2013, de 9.1.2014.

En las STS n.º 855/2013 y 950/2013, se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles «1.º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis. 2.º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter». Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. (STS 1035/2013). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente (STS 950/2013).

La reciente sentencia 277/2016, de 6.4, precisa como la distinción entre organización y grupo, por lo tanto, se encuentra perfectamente clarificada.

La jurisprudencia posterior a la reforma ha esclarecido la diferenciación entre ambas figuras. Entre otras, las STS núm. 309/2013, de 1 de abril; STS núm. 855/2013, de 11 de noviembre; STS núm. 950/2013, de 5 de diciembre; STS núm. 1035/2013, de 9 de enero de 2014, STS núm. 371/2014, de 7 de mayo, o STS núm. 426/2014, de 28 de mayo.

En las STS núm. 855/2013 y 950/2013, se recordaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles:

«1.º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del art. 570 bis.

2.º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del art. 570 ter».

Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que determinan una distinta gravedad en la sanción penal.

En consecuencia, debe evitarse que, influidos por la inercia de la antigua doctrina jurisprudencial referida al viejo art. 369 1 2.º CP, se incurra en alguno de los dos errores que comienzan a apreciarse en la jurisprudencia menor: 1.º) utilizar una interpretación extensiva del concepto de organización, que conduce a incluir en la organización supuestos más propios, por su gravedad, del grupo criminal. 2.º) acudir a una interpre-

tación del concepto de grupo que exija requisitos propios de la organización. En ambos supuestos se corre el riesgo de vaciar de contenido la nueva figura del grupo criminal».

2.º Ahora bien una vez determinada la diferencia entre organización y grupo criminal, habrá que distinguir, entonces el grupo criminal de los supuestos de mera codelinuencia.

La STS 309/2013 nos dice que la codelinuencia se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por «grupo delictivo organizado» [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por «grupo estructurado» [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

En el mismo sentido la STS ya citada, 277/2016 señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelinuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta lo expresado en la Convención de Palermo al definir el grupo organizado: un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelinuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial posterior a la reforma, STS 544/2012, de 2 de julio, y STS 719/2013, de 9 de octubre, entre otras, que señalan que no puede conceptuarse como organización o grupo criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, por lo que ha de valorarse en cada caso la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, pues los tipos legales definen las organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno.

A estos efectos ha de entenderse que cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de tráfico de drogas integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales (expresiones que abarcan tanto una sola acción prohi-

bida como varias del mismo tenor, de modo que con una sola de ellas ya queda consumado el delito y su repetición no implica otro delito a añadir, STS 487/2014, de 9 de junio), sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

Ello se deduce de la propia naturaleza y finalidad de la tipificación de las figuras de organización criminal, que no pueden excluir el tráfico de estupefacientes, y del hecho de que lo relevante para la concurrencia de estas figuras es la vocación de realizar una pluralidad de actuaciones delictivas, con independencia de su calificación como delitos independientes, delitos continuados o delitos sancionados como una sola unidad típica.

En el caso actual las mismas pruebas que la Audiencia valora respecto la comisión del delito contra la salud pública, permite comprobar que estamos –y así se describe en el *factum*– ante una agrupación de al menos 7 personas –de ellas 2 en Sudamérica– con funciones y tareas delimitadas, dotada de cierta permanencia y estabilidad, con conexiones en Perú y Bolivia, para la importación a España de sustancias estupefacientes y que surge con vocación de desarrollar una pluralidad de acciones de tráfico, es decir existe una mínima estabilidad que supera el mero concierto para la comisión inmediata de un delito que nos conduciría a la coautoría. La prueba practicada evidencia que nos estamos ante una formación ocasional o fortuita.

(...) En cuanto a la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, hemos dicho en SSTs 312/2011, de 29.4, 347/2012, de 2.5, 38/2013, de 31.1, 733 (*sic*)/2014, de 25.3, que según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse «cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

- 1.º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).
- 2.º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).
- 3.º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como «el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética», y la dependencia como «el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma».

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009, de 27.1; 672/2007, de 19.7; 145/2007, de 28.2; 1071/2006, de 9.11, 282/2004, de 1.4, las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal (arts. 20.2 y 21.1 CP), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2.ª del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6.º Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a') que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y

b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que «no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto». Ciertamente es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas (STS 21.12.99), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las «acciones liberae in causa»).

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión (STS 21/2005, de 19.1).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatorios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2.º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1.ª CP).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Las SSTs 22.5.98 y 5.6.2003, insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada «a causa» de aquella (SSTS 4.12.2000 y 29.5.2003). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado «delincuencia funcional» (STS 23.2.99). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP, y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesida-

des de ingestión inmediata o tráfico con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS 817/2006 de 26.7, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS 30.5.91, y en igual sentido 147(*sic*)/98, de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.6 CP. (actual n.º 7).

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adicción a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTS 16.10.00, 6.2, 6.3 y 25.4.01, 19.6 y 12.7.02.

En la STS 21.3.01 se señala que aunque la atenuante de drogadicción ha sido en ciertos aspectos «objetivada» en el nuevo CP, no cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada, aunque solo sea *ab initio*, por su adición grave el consumo de droga.

La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen (SSTS 15.9.98, 17.9.98, 19.12.98, 29.11.99, 23.4.2001, STS 2.2.200, que cita STS 6.10.98, en igual línea SSTS 21.1.2002, 2.7.2002, 4.11.2002 y 20.5.2003, que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio *in dubio pro reo*.

(STS 714/2016, de 26 de septiembre)

ARTÍCULOS 515.1.º Y 517.2.º CP

Asociaciones ilícitas: tener por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promover la comisión de faltas de manera organizada, coordinada y reiterada. Banda latina «Latin Kings»

La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias:

- a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad;
- b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista;
- c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio;
- d) el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El delito de asociación no se consume cuando en ese desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar.

En el delito de asociación ilícita del art. 515.1.1.º –asociación para delinquir– el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional, según un sector doctrinal, o, según otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

2. En la sentencia de esta Sala 1057/2013, de 12 de diciembre, se afirma que las modificaciones operadas en el Código Penal a través de la Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio, han hecho que actualmente este art. 515 CP actúe como tipo residual respecto de las más específicas figuras de la organización criminal y del grupo criminal a que se refieren los arts. 570 bis, ter y quáter del Código Penal. Sobre estos últimos, expresa la STS núm. 544/2012, de 2 de julio: «La introducción en el Código Penal de los nuevos artículos que se diseñan en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal, mediante la reforma operada mediante LO 5/2010, denominado tal Capítulo como “De las organizaciones y grupos criminales” (arts. 570 bis al 570 quáter), ha de llevarnos a una reinterpretación de los parámetros del art. 515 de tal Código, que dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos

fundamentales y libertades públicas, incrimina como punibles las asociaciones ilícitas en las que, a salvo las organizaciones y grupos terroristas, que han quedado reubicadas en el art. 571 del Código Penal, permanecen en su diseño cuatro tipos de asociaciones ilícitas, en donde ha de primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece, objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión, junto a las que pretenden la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada».

La inclusión de este precepto dentro de los delitos contra el ejercicio de determinados derechos constitucionales produjo una restricción de su ámbito en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, ya que se exigía una estructura, duración o permanencia, coordinación de funciones, reparto de roles, finalidades, jerarquía, etc., que se diferenciaban en gran medida de otras situaciones delictivas, que se juzgaban más propiamente en el ámbito del consorcio delictivo (...). Pero ha de comprobarse también que tanto en la definición de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis, como en la de los grupos criminales, que se contemplan en el artículo 570 ter, siempre se pluraliza la finalidad delictiva, en el sentido de que tales grupos u organizaciones están dirigidas a la comisión de varios delitos («... a fin de cometer delitos...»), así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

De ello ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los art. 570 bis y ter confirma esta determinación del legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien, la exclusión propugnada por el art. 22.2 de nuestra Carta Magna hace necesario el mantenimiento del tipo penal previsto en el art. 515.1.º del Código Penal, si bien su interpretación ha de verse reconducida a su ámbito propio, es decir, como contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo condicionan la aplicación de dicho tipo penal, exigiéndose pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo y vocación de permanencia, en concordancia con el propio concepto constitucional de asociación.

3. Los hechos que se juzgan ahora son anteriores a la reforma de 2010 en tanto que acontecidos el 10 de diciembre de 2009, razón por la que habremos de centrarnos, como señala la sentencia 1057/2013, en la vocación generalista atribuida entonces al art. 515.1.º CP y en su desarrollo jurisprudencial. Al efecto, ya se señaló en la STS núm. 421/2003, de 10 de abril, que el bien jurídico protegido por este precepto lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional del mismo. Serán distintos el bien jurídico protegido por el tipo de asociación ilícita y aquel que se protege a través de la posterior acción delictiva que se cometa, de forma que el delito de asociación ilícita tiene sustantividad propia basada en un bien jurídico singular, como lo demuestra el hecho de que la asociación es anterior a la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la acción delictiva subsiguiente, consumándose desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva.

En esa misma sentencia 1057/2013 se destacan como rasgos estructurales del grupo de los Latin Kings los siguientes:

- 1) se organizan bajo un sistema jerárquico de sustrato piramidal, con un organigrama bien definido;
- 2) en su ideario necesariamente incluyen una vocación de territorialidad, dentro del espacio físico en el que se mueven y desarrollan sus actividades o forma de vida, recibiendo su división celular diferentes nombres en función de la «tribu» ante la que nos encontremos, así como del tamaño de la célula dentro de la estructura agrupal (reinos, capítulos o «chapters», coros...);
- 3) cuentan con su particular «literatura» o libro de normas, que define bajo perfiles muy nítidos su credo y el conjunto de reglas por las que habrán de regirse, asumidas por sus componentes como un ritual de obligado respeto y acatamiento; en ocasiones, definen ceremoniales, oraciones y festividades propias, así como sistemas de comunicación mediante códigos encriptados, más o menos complejos, habitualmente alfanuméricos;
- 4) el control de la estructura interna se mantiene a través del acatamiento no sólo de las señaladas reglas generales del grupo, sino muy especialmente de una férrea disciplina, basada en la obediencia y el respeto hacia los superiores en el orden jerárquico, lo que, dado el caso, se traduce en el acatamiento de las órdenes desde ellos recibidas, sean o no delictivas por sí mismas;
- 5) elemento esencial para la subsistencia de estos grupos es que los miembros no sólo rindan esa sumisión reverencial a los superiores en el orden jerárquico, sino también que realicen aportaciones económicas, que suelen tener carácter periódico (semanal, mensual...), estando dirigido dicho canon a sufragar la organización de eventos y reuniones, a ayudar a otros componentes del grupo que se encuentren con problemas financieros o judiciales, etc.;
- 6) la incorporación al grupo, habitualmente a una temprana edad, viene asimismo marcada por su propio ritual: es usual que los aspirantes tengan que superar una suerte de pruebas iniciáticas, que bien pueden consistir en soportar castigos físicos o bien mostrar su valor mediante la ejecución de acciones por sí mismas delictivas, habitualmente atracos y agresiones físicas a ciudadanos de a pie, o bien a miembros de otros grupos que se consideran rivales (no así con las «tribus» con las que exista un pacto de no agresión o «primage»). La superación de estas duras pruebas convierte al aspirante en miembro de su «familia», a la que pertenecerá a todos los efectos y de la que difícilmente podrá desgajarse o desprenderse en un futuro.

Pues bien, todos esos caracteres se cumplimentan en el presente caso, para lo cual es suficiente con repasar el *factum* de la sentencia recurrida, en el que se describen toda la estructura y caracteres de la asociación de los Latin Kings en la zona de Cataluña.

4. Un segundo problema es si los acusados han de ser condenados por el apartado 1.º del art. 517 del C. Penal, es decir, en la condición de fundadores, directores o presidentes de la organización Latin Kings, o sólo por el apartado 2.º del mismo precepto, esto es, como meros miembros activos. El recurrente y los otros acusados han sido condenados no como directivos sino como miembros activos de la asociación ilícita, por lo que no se generan problemas en orden a la exclusión de la hipótesis más grave de actuar como directivo de la asociación, ni tampoco se plantea esa cuestión en el recurso. Pues lo que lo que realmente impugna la parte es la mera pertenencia a la asociación ilícita Latin Kings, cuestión fáctica que ya ha sido resuelta en el fundamento precedente.

En efecto, el propio acusado ha admitido su pertenencia a la asociación en los años precedentes a los hechos delictivos, en concreto hasta el año 2007, y como en la fecha de la acción homicida, a tenor de los hechos declarados probados, sigue actuando como miembro activo de la asociación, deviene incontestable que sí estamos ante un sujeto que perteneció a los Latin Kings y sigue perteneciendo como miembro activo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

(STS 852/2016, de 11 de noviembre)

ARTÍCULO 578 CP

Enaltecimiento del terrorismo y humillación de sus víctimas: doctrina constitucional sobre el eventual conflicto entre la aplicación del delito de enaltecimiento del terrorismo y el derecho a la libertad de expresión

Como en todos los delitos de expresión subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas (STS 846/2015, de 30 de diciembre). La simple ligazón con la libertad ideológica o de expresión no legitima la conducta *per se*, situándola por definición al margen del Código Penal: esto es obvio.

Igualmente tampoco el encaje formal en el tipo penal haciendo abstracción de cualquier otra consideración acarrea automáticamente una condena de esa naturaleza, según consideración extraída de los precedentes jurisprudenciales reseñados en el escrito de recurso. No puede prescindirse de una evaluación sobre la presencia o no de excesos en el ejercicio de tales derechos fundamentales, derechos que ostentan un máximo rango en un estado democrático. De ajustarse la conducta al marco constitucional de esas libertades operaría una causa de exclusión de la antijuridicidad canalizable a través del art. 20.7 CP (ejercicio legítimo de un derecho).

El ejercicio de esos derechos cuenta también con barreras, mínimas y lejanas; pero barreras. O, por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto a otros (humillación víctimas) y la prohibición de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción convirtiéndose en germen, más o menos remoto, de nuevas acciones de esa naturaleza.

(...) Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (en esa redacción fundamenta la Sala la condena): «El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».

La redacción proviene de la reforma que, en materia de terrorismo, operó la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. En el apartado III de su exposición de motivos se encuentran unas palabras que quieren explicar la decisión de política criminal que inspiró la inclusión de esta figura: «La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo artículo 578 del Código Penal se dirige a sancionar a

quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el artículo 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...).

(...) El tipo penal aplicado persigue la justa interdicción de lo que tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v.gr. SSTEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek vs. Turquía*, y de 4 de diciembre de 2003, *Müslüm vs. Turquía*), como nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) y esta misma Sala (STS 812/2011, de 21 de julio) vienen denominando en sintonía con una arraigada tendencia de política criminal «discurso del odio»: alabanza o justificación de acciones terroristas. Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa «en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades» (STS 224/2010, de 3 de marzo). Como apostilla la STS 676/2009, de 5 de junio, no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino de combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

El delito de enaltecimiento del terrorismo exigía publicidad («... por cualquier medio de expresión pública o difusión...»). En la actualidad sigue siendo así, aunque el requisito aparece de forma más desvaída (art. 578.1).

No sucede así con el tipo de humillación a las víctimas de aquél («... o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas...»). Esta segunda figura reviste una naturaleza más privada: afecta directamente al honor de las víctimas de acciones terroristas por el hecho de serlo; aunque también sin duda golpea sentimientos de solidaridad de la comunidad que en todo delito de terrorismo percibe un ataque a la convivencia pacífica construida entre todos. Supone una lesión a su dignidad humana, violada con el menosprecio que emana del comportamiento querido, directa o indirectamente, por el sujeto activo. Con esa configuración la ofensa privada, aislada a una sola persona, puede dar lugar al delito que aquí se tipifica, sin perjuicio de que también pueda observarse su concurrencia en el caso de una pluralidad de afectados y de que sociológica y criminológicamente la afectación tiende a trascender la esfera individual repercutiendo en sentimientos y

valores colectivos lo que otorga a la infracción la morfología de delito público a diferenciación del delito de injurias con el que guarda algún parentesco (las palabras «menosprecio» o «descrédito» traen a la memoria el art. 457 CP 1973 con su clásica definición de injurias).

Como subraya la STS 224/2010, de 3 de marzo, con cita de la STS 585/2007, de 20 de junio, un análisis particularmente riguroso, de las concretas circunstancias en las que el acto humillante, hostil o vejatorio se produce, las frases y/o acciones en que se materializa, y su ocasión y escenario a fin de una ponderación equilibrada. Lo señala la STS 812/2011, de 21 de julio, por remisión a la STS 31/2011, de 2 de febrero: en esta clase de delitos es importante no sólo el tenor literal de las palabras pronunciadas, sino también el sentido o la intención con que hayan sido utilizadas, su contexto la circunstancias concomitantes pues es evidente que el lenguaje admite ordinariamente interpretaciones diversas y, a los efectos de establecer la responsabilidad por un delito de esta naturaleza, es preciso determinar con claridad en cuál de los posibles significados ha sido utilizado en cada concreta ocasión.

(...) Ha examinado recientemente este delito la STC 112/2016, de 20 de junio, que fue expresamente invocada en la vista por el representante del Ministerio Público. Merece la pena, aunque padezca la brevedad hacerse eco de las consideraciones de tal Alto Tribunal pues es su primer pronunciamiento sobre el delito del art. 578 CP lo que le dota de cierto carácter emblemático: «La jurisprudencia constitucional ha destacado tanto el carácter preeminente que tiene el derecho a la libertad de expresión en los sistemas democráticos, como su carácter limitado cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, como sucede, por ejemplo, con aquellas expresiones que son manifestación del discurso del odio y que cabe interpretar como incitaciones a la violencia, discriminación contra colectivos, etc. Igualmente, la jurisprudencia constitucional también ha abordado la cuestión relativa a los límites que impone el principio de proporcionalidad a la injerencia que en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión supone la sanción penal de determinadas expresiones. La reciente STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2, destaca estos tres aspectos cuando expone los siguientes elementos caracterizadores de este derecho:

(i) El carácter institucional del derecho a la libertad de expresión. La STC 177/2015 afirma que en una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, se subraya repetidamente la “peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión”, en cuanto que garantiza para “la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”. De modo congruente con ello se destaca la necesidad de que dicha libertad “goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, que ha de ser “lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor” [FJ 2 a)].

La STC 177/2015 continúa exponiendo que este carácter institucional determina que la jurisprudencia constitucional haya establecido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica “aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”; y que la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones “acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”, ya que en nuestro sistema “no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema demo-

crático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas” [FJ 2 b)].

(ii) El carácter limitable del derecho a la libertad de expresión y, singularmente, el derivado de manifestaciones que alienten la violencia. La ya citada STC 177/2015 también sienta que el derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto. Así, el Tribunal declara en este pronunciamiento que la libertad de expresión tiene, como todos los demás derechos, sus límites, de manera que cualquier ejercicio de ese derecho no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, y recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, de lo que resulta que, en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios [FJ 2 c)].

En relación con este elemento caracterizador, en la STC 177/2015 se afirmó que, ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de “dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia” (FJ 4). Igualmente se recordaba que “en la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que ‘no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre’” (FJ 15). Del mismo modo, “la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre» (FJ 4). Y, además, que “[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado ‘discurso del odio’ son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes” (FJ 4).

(iii) La proporcionalidad en la limitación penal del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Por último, también la STC 177/2015 pone de manifiesto los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre han de ser

interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al Juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para “no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” [FJ 2 d)].

En relación con lo anterior la STC 177/2015 recuerda que en este contexto de análisis la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión, lo que determina que “la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible” y “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración” [FJ 2 d)]. A esos efectos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado como justificativo de esa posición no solo que “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (SSTC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2); sino también que el juez al aplicar la norma penal, como el legislador al definirla, no pueden “reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5)».

3. La concreta cuestión de la eventual incidencia que podría tener la sanción de un delito de enaltecimiento del terrorismo en el derecho a la libertad de expresión no ha sido todavía objeto de ningún pronunciamiento de este Tribunal mediante Sentencia. Ahora bien, por la similitud estructural que presentan ambos tipos penales y por su incidencia sobre el derecho fundamental invocado, resulta necesario recordar la doctrina establecida en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que se analiza la constitucionalidad de los tipos penales referidos a la negación y difusión de ideas que justifiquen el genocidio. En la STC 235/2007, en relación con los delitos de genocidio se afirmaba que «la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión» (FJ 9). Esa idea de la necesidad de que la justificación opere como una incitación indirecta a la comisión del delito fue la que determinó que la STC 235/2007 declarara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio, ante la ausencia de ese elemento de incitación en su tipificación (FJ 8). E, igualmente, fue la exigencia interpretativa de que debiera concurrir ese elemento de incitación en el delito de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, lo que permitió mantener su constitucionalidad (FJ 9 y apartado 2 del fallo). En efecto, en relación con la tipificación penal de esta última conducta, la STC 235/2007 afirmó que «tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse

que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el art. 16 CE y, en conexión, por el art. 20 CE» (FJ 9).

Esta exigencia de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.

En el marco del Consejo de Europa, cabe destacar la aprobación del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 («BOE» núm. 250, de 16 de octubre de 2009). El art. 5.1 de este Convenio, bajo la rúbrica «provocación pública para cometer delitos terroristas», establece que «[a] los efectos del presente Convenio, se entenderá por “provocación pública para cometer delitos terroristas” la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos. En el art. 5.2 se impone a los Estados parte, entre ellos España, la adopción de «las medidas necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la provocación pública para cometer delitos terroristas tal como se define en el apartado 1, cuando se cometa ilegal e intencionadamente».

El informe explicativo de este convenio destacó, en relación con la sanción penal de estas conductas, los riesgos derivados de una eventual limitación desproporcionada del derecho a la libertad de expresión, enfatizando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –se citaba la STEDH de 20 de enero de 2000 (TEDH 2000, 9), asunto *Hogefeld c. Alemania*– había establecido que no puede quedar amparado bajo el legítimo ejercicio de este derecho la incitación a actos terroristas violentos, por lo que ciertas restricciones a los mensajes que puedan constituir una incitación indirecta a delitos terroristas violentos están en consonancia con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 92 del informe explicativo). Igualmente se puso de manifiesto que en el origen de la definición de esta conducta de provocación pública están los documentos elaborados por el grupo de trabajo sobre apología del terrorismo del comité de expertos sobre terrorismo del Consejo de Europa (Codexter-Apologie), quien había propuesto centrarse, entre otras conductas, en las expresiones públicas de apoyo a actos terroristas o grupos (§§ 86 a 88 del informe explicativo); teniendo para ello presente tanto las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como del Comisionado para los Derechos humanos del Consejo de Europa que también habían sugerido que tal disposición podría cubrir, entre otras conductas, la difusión de mensajes de elogio al autor de un ataque terrorista (§ 95 del informe explicativo). De ese modo, se concluye en el informe explicativo que si bien finalmente en el art. 5.1 del Convenio se utiliza una fórmula genérica frente a otra más casuística, permite una cierta discreción a los países para definir este delito en relación con, por ejemplo, la conducta de

difundir la idea de que un acto terrorista pueda resultar necesario y justificado (§§ 96 a 98 del Informe explicativo).

Por su parte, en el marco de la Unión Europea, si bien en la redacción originaria de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo («DOCE» núm. L 164, de 22 de junio de 2002), se limitaba a incluir en el artículo 4.1 la obligación de tipificar como delito la inducción a la comisión de delitos terroristas. Con ocasión de la nueva redacción dada a su art. 3.1 a) por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008 («DOUE» núm. L330, de 9 de diciembre de 2008), ya se establece que se entenderá por «“provocación a la comisión de un delito de terrorismo” la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos».

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la eventual tensión que se podría generar entre la sanción penal de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. A esos efectos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la constatación de que este derecho no es ilimitado, en primer lugar, en aplicación del apartado segundo del art. 10 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), conforme al cual, su ejercicio «podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». Igualmente, también ha sostenido que la libertad de expresión puede sufrir excepciones, en segundo lugar, en aplicación del art. 17 CEDH, conforme al cual, ninguna de las disposiciones del Convenio «podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

En concreto, por lo que se refiere a sanciones penales vinculadas a conductas de incitación o apología del terrorismo es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que podría resultar justificada una limitación de la libertad de expresión cuando pueda inferirse que dichas conductas supongan un riesgo para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden o la prevención del delito (por ejemplo, STEDH de 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43), bien sea como apoyo moral a la actividad –mediante el enaltecimiento de la propia actividad– (por ejemplo, SSTEDH de 16 de marzo de 2000, as. Özgür Gündem c Turquía, § 65; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía, § 37; 7 de marzo de 2006, as. Hocaođullari c Turquía, § 39; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía –núm. 3–, § 35); o como apoyo moral a la ideología a través de la loa a quienes desarrollan esa actividad –mediante el enaltecimiento de sus autores– (por ejemplo, STEDH de 28 de septiembre de 1999, as. Öztürk c Turquía, § 66; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France, § 43). En aplicación de esta doctrina han sido diversas las resoluciones bien de inadmisión (DDTEDH de 13 de noviembre de 2003, as. Gündüz c Turquía –núm. 2–; de 16 de junio de 2009, as. Bahceci y otros c Turquía) bien de desestimación de la lesión del derecho a la libertad de

expresión (SSTEDH de 25 de noviembre de 1997, as. Zana c Turquía; de 8 de julio de 1999, as. Sürek c Turquía –núms. 1 y 3–; 7 de febrero de 2006, as. Halis Dogan c Turquía; 7 de marzo de 2006, as. Hocaođullari c Turquía; 10 de octubre de 2006, as. Halis Dogan c Turquía –núm. 3–; 2 de octubre de 2008, as. Leroy v. France) en supuestos en que quedaba acreditado que la condena penal se derivaba de conductas que eran concretas manifestación del discurso del odio por justificar el recurso a la violencia para la consecución de objetivos políticos.

En conclusión, tomando en consideración la jurisprudencia de este Tribunal sobre la incidencia de las manifestaciones del denominado discurso del odio en el derecho a la libertad de expresión –que está en línea con la preocupación que a nivel internacional y regional se ha desarrollado en relación con la necesidad de sancionar penalmente las conductas de provocación a la comisión de delitos terroristas y la eventual incidencia que ello podría tener sobre el derecho a la libertad de expresión y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular–, hay que concluir que la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el art. 578– «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código [delitos de terrorismo] o de quienes hayan participado en su ejecución»– supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades .

Por tanto, la labor de control de constitucionalidad que bajo la invocación del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] debe desarrollarse en este procedimiento de amparo debe quedar limitada, sin entrar en aspectos de legalidad penal ordinaria referidos a la concreta aplicación del tipo penal, a verificar si en este caso las resoluciones judiciales impugnadas, al imponer la sanción penal al recurrente, han ponderado esa concreta exigencia, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, de que la conducta desarrollada por el recurrente pudiera ser considerada una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia.

(STS 820/2016, de 2 de noviembre)

ARTÍCULO 616 TER CP

Piratería: apoderarse, dañar o destruir una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas. Tipo alternativo que admite distintas formas comisivas en el que no se requiere que el acto depredatorio llegue a realizarse, despojando a su titular del buque o quedando este inservible para su uso para que se entienda consumado

El delito previsto en el art. 616 ter del CP, como con acierto recuerda la sentencia de instancia, es consecuencia del cumplimiento del mandato internacional asumido por España a raíz de la suscripción de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada debida-