

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

### ARTÍCULO 148.1.º

*Lesiones: Utilizar en la agresión armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado: subtipo agravado que obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir. Existencia: silla: aunque no conste suficientemente su descripción, el fin para el que sirve, sostiene su especial consistencia y aptitud para ocasionar lesiones especialmente graves*

Como ha expuesto la Jurisprudencia la utilización de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, es una hipótesis que obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana de dicho método o forma de agredir (SSTS de 11 de noviembre de 2001 y 17 de diciembre de 2003), incluyendo las dos sentencias mencionadas incluso la acción de patear la cabeza de una persona en este subtipo agravado por constituir un brutal modo de agredir, que origina por si mismo un altísimo riesgo objetivo de causar lesiones de enorme gravedad (también consta en el *factum* esta acción). También es cierto que la Jurisprudencia (ver la STS citada en último lugar) se ha referido en ocasiones a la falta de descripción suficiente del medio empleado como obstáculo para fijar su grado de peligrosidad para la vida o salud del lesionado. Sin embargo, hay otros supuestos en los que la sola denominación del instrumento o medio empleado es suficiente para apreciar el plus de peligrosidad o riesgo que entraña para la vida o salud de las personas, teniendo en cuenta sus características y condiciones, su morfología, como señala el Ministerio Fiscal, comunes a todos los del mismo género, sin olvidar la descripción relativa a las demás circunstancias, como sucede en el presente caso, teniendo en cuenta el lugar en el que se encontraban las sillas y su consiguiente funcionalidad. Por ello, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando, partiendo de sus características esenciales en relación con el fin para que sirven, sentarse una persona adulta

sobre una plataforma dotada de respaldo y apoyada sobre cuatro o tres patas, sostiene su especial consistencia y aptitud para ocasionar lesiones especialmente graves, sin olvidar la especial agresividad que para que el cuerpo humano presenten las estructuras salientes, con aristas o puntiagudas. Así también ha sido reconocido por precedentes de esta Sala, como las SSTS de 27 de febrero de 1998 o 28 de marzo de 2001, citadas por la Audiencia. En cualquier caso, el material con que hayan sido construidas exige una determinada consistencia para su funcionalidad. Por último, es irrelevante que las lesiones descritas en el *factum* fuesen causadas directamente por el medio empleado, la silla, o por las patadas aplicadas a la cabeza de la víctima, pues el primero sirvió para facilitar esta agresión, con independencia de que el subtipo agravado tiene su razón de ser en el aumento del riesgo.

(Sentencia de 19 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 181.2

*Abusos sexuales: Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental: existencia: víctima afectada por retraso mental leve, con CI global del 62 por 100, apreciable de forma inmediata, circunstancia conocida por el acusado; Penalidad: rebaja de nueve a siete años de prisión por vulneración del principio de non bis in idem. Se toma en consideración a efectos agravatorios la enfermedad mental de la víctima, lo que si bien supone sin duda una especial vulnerabilidad, ya fue tenida en cuenta previamente para afirmar la ausencia de consentimiento*

Respecto al delito de abusos la jurisprudencia de esta Sala –por todas SSTS de 5 de mayo de 2000 y 11 de mayo de 2004– ha establecido, como doctrina general que, frente a los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como «agresión sexual» del artículo 178, con el complemento que representan los subtipos agravados de los artículos 179 y 180 del Código Penal, este Texto legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el artículo 181 como «abuso sexual», con tres tipologías distintas:

A) la básica del número 1.º, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;

B) la agravada del número 2.º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre menor de trece años, –reforma LO 11/99, de 30 de abril–, o sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, cuyo fundamento en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la transcendencia y significado del acto; y

C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado «abuso de prevalimiento».

Cada una de las tres tipologías posibles de «abuso» sexual previstas en el artículo 181 –y diferenciadas de las de «agresión» del art. 178 y ss.– es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del artículo 181. Esas agravaciones son precisamente las del artículo 182, y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los tipos del artículo 181 asentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento.

Ese desvalor de los subtipos se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al artículo 181 por otras más graves cuando el «abuso sexual» –esto es el delito de que se trate según el art. 181– consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal –en la redacción vigente al cometerse los hechos anterior a la reforma LO 15/2003, de 25 de noviembre– lo que constituye la agravación del artículo 182 párrafo primero; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el párrafo segundo del mismo artículo 182. En definitiva ninguno de los párrafos del artículo 182 es tipológicamente autónomo, sino que representan agravaciones de los «abusos sexuales» previstos en el artículo 181 (de igual modo que lo son también los arts. 179 y 180 respecto a la agresión sexual del art. 178), siendo aplicables cuando la acción, calificable como abuso sexual según el artículo 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el artículo 182. Así lo evidencia en primer lugar la utilización por el artículo 182, en su previsión típica, del concepto de «abuso sexual» que sólo se describe en el artículo 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento, –que es lo esencial en el abuso– mientras que el artículo 182, presuponiendo lo abusivo se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación o contenido sexual, que justifican por ello mismo una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima (STS de 5 de mayo de 2000).

Por último, en lo que a la circunstancia cualificadora del subtipo del artículo 181.3 CP, prevalimiento la STS de 14 de septiembre de 2001 señala que se dará el subtipo cuando concurrieran a la obtención del consentimiento para la relación sexual las tres exigencias que el Texto legal establece: 1) Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2) Que esa situación influya, coartándola en la libertad de la víctima; y 3) Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de su víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS de 19 de febrero de 2003).

Por ello, el dato objetivo de la diferencia de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad, pues también se ha dicho por esta Sala que es necesario que el desnivel y la posible disparidad de madurez entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para obtener un consentimiento que, de otra forma, no se hubiera logrado (STS de 15 de octubre de 2001). Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral,

docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

El abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo (STS de 10 de octubre de 2003).

La STS de 21 de marzo de 2000 destaca las diferencias entre los supuestos del artículo núm. 2 y núm. 3 del artículo 181. Así tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales el tipo penal del artículo 181.2.º es aplicable cuando la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente al aceptar la relación sexual, no ha prestado un verdadero y auténtico consentimiento valorable como tal, porque su patología excluya la aptitud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad ni verdadero consentimiento en el ejercicio libre de autodeterminación sexual. El tipo penal del artículo 181.3.º será en cambio apreciable si el trastorno mental padecido no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodomínio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal que de ello se prevale o aprovecha (Sentencia de 9 de abril de 1999).

Por tanto, respecto del consentimiento que implica el ejercicio de la libertad sexual el valor excusante del consentimiento del sujeto pasivo no ofrece dudas, pues el Legislador ha establecido, de todos modos, dos circunstancias que lo excluyen: por un lado la incapacidad del sujeto pasivo para prestar su consentimiento válido (art. 181.2), y por el otro la coacción ni la obtención del consentimiento derivado del prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que «coarta la libertad de la víctima» (art. 181.3). Con apoyo en estas consideraciones la distinción se debe practicar considerando que los casos de «falta de consentimiento» se caracterizan por el carácter irrelevante del mismo, como consecuencia de la incapacidad de la víctima para prestarlo, mientras que las de «abuso de superioridad» no presuponen la incapacidad de la víctima, sino el aprovechamiento por parte del autor de circunstancias que reduzcan su libertad de decisión.

Cuarto.—En el caso concreto de autos nos interesa en primer lugar los supuestos del artículo 181.2 (abusos sexuales sobre personas de cuyo trastorno mental se abusa).

En los hechos probados se recoge que Resurrección, nacida el 14.4.68, padecía un retraso mental leve, con CI global del 62 por 100.

La oligofrenia, según se describe en la doctrina científica, constituye un trastorno permanente del individuo, producido en los momentos iniciales de su maduración psicomática debido a factores diversos (congénitos o adquiridos) que se traduce en un déficit de todas o algunas estructuras orgánicas y por una perturbación de la vida instintiva, volitiva y afectiva, determinando un desarrollo de la personalidad en su globalidad.

Las manifestaciones clínicas del retraso mental son muy variadas atendiendo a la diversa etiología, si bien los déficits más relevantes son los relativos a los procesos cognitivos, capacidad intelectual, aprendizaje del lenguaje y socialización.

Para su diagnóstico se recomienda disponer de cuanta información sea posible no sólo de las mediciones psicométricas de su inteligencia sino también de sus capacida-

des globales de adaptación al medio, autodeterminación y autonomía. En este sentido las mediciones expresadas en el cociente intelectual y en la edad mental del sujeto debe contemplarse únicamente como guía orientadora y no con criterios rígidos, pues a veces no basta considerar sólo en cociente intelectual, sino que hay que tener también en cuenta la educación recibida, la edad física y particularmente el trato social que la persona ha mantenido, incluso ese mismo trato referido al tema específico de las relaciones carnales, pues, a veces, el transcurso de los años, si existen unas relaciones sociales más o menos fluidas, permite adquirir más experiencias que sirven para alcanzar esa capacidad en grado suficiente para excluir la cualidad del enajenado y excluir, consiguientemente, el delito de abuso sexual en la modalidad que ahora nos ocupa.

Desde el punto de vista de la tipicidad penal, la existencia de un delito de abuso sexual, cuando nos encontramos ante personas que presentan un retraso mental leve, preciso no sólo la objetiva asistencia de dicho retraso, sino que será necesario comprobar que aquél se manifiesta externamente de forma perceptible para el sujeto activo, especialmente cuando se trata de un profano, no siendo bastante para integrar el tipo el mero conocimiento del retraso o debilidad mental, debiendo comprobarse que el agente ha observado de dicho trastorno.

Ciertamente esta Sala ha descartado la apreciación de la ausencia de consentimiento en los supuestos de debilidad mental moderada o leve (SSTS de 9 de febrero de 1993, 24 de enero de 1994 y 17 de febrero de 1995), por estimar que en estos casos no se en cuenta anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo, no pudiendo hablarse de una pérdida o inhibición de las facultades cognoscitivas o volitivas en la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencias y trascendencia ética o social, siendo consciente de lo que implica el acto sexual con las limitaciones propias del déficit intelectual que padece, pero ello ha sido advirtiendo en torno a la necesidad de apreciar las circunstancias específicas concurrentes en cada caso concreto.

En el caso que examinamos el Tribunal *a quo* analiza, Fundamento de Derecho segundo, las características y circunstancias personales de la víctima, precisando que el retraso mental leve –CI. global del 62 por 100– es constatable a simple vista como pudo comprobar el propio Tribunal, esto es, que dicho retraso es fácilmente detectable por simple percepción sensorial.

Igualmente valora los dos informes emitidos, uno por la psicóloga D.<sup>a</sup> María Milagros (folios 15 a 21), y otro por la médico forense especialista en psiquiatría D.<sup>a</sup> Lidia (folios 116 a 120), ratificados y ampliados en la vista oral, y que ponen de manifiesto que el retraso mental que sufre Resurrección cursa con limitaciones en la capacidad de juicio crítico, de razonamiento lógico, disminución del control de impulsos y de los instintos e inmadurez emocional, que presenta un déficit cognitivo y notable vulnerabilidad que le impiden analizar el propio acto y sus consecuencias, encontrándose condicionada por la presencia de una figura o persona que conceptúa como superior. Concluye la psicóloga Sra. María Milagros que «no está capacitada para elegir o poner fin a una situación».

En estas circunstancias, y siendo evidente que el acusado conocía la situación de retraso mental de la víctima, no sólo por ser apreciable para cualquier persona como destaca la Sala, sino por su condición de trabajadora en el Centro Especial de Empleo «Nuestro Mundo Aranjuez, S. L.», dependiente de la Asociación de Padres y Tutores de Deficientes Mentales de la Comarca de Aranjuez, resulta difícil dar entrada a las pretensiones del recurrente, ya que es precisamente la circunstancia del retraso mental la que impulsó al acusado a relacionarse con la víctima y de todo ello se desprende

que éste no sólo tenía conocimiento del déficit mental, sino que se aprovechó del mismo para poder llevar a efecto sus planes (STS de 19 de junio de 2000).

Quinto.—Siendo así, la conducta del acusado tiene su encaje normativo en el tipo penal de los artículos 181.1 y 2 y 182.1 CP.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado al igual que el motivo segundo por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECrim. por indebida aplicación de aquellos preceptos, al ser este motivo consecuencia del anterior. El Tribunal de manera expresa valora las circunstancias que rodearon la comisión de los hechos y de modo relevante el déficit intelectual de la víctima que le proporcionó al acusado una posición de superioridad suficiente para justificar la tipicidad de su conducta, que, en todo caso, podría ser calificada como abuso sexual con acceso carnal ejercitado con abuso de superioridad, artículo 181.1 y 3 y 182.1 (STS de 1 de junio de 1998), apreciable en supuestos de escaso coeficiente intelectual de la víctima (SSTS de 22 de junio de 1984 y 5 de marzo de 1985), calificación jurídica que no vulnera el principio acusatorio, dado que la acusación popular «asociación de Padres o Tutores de Deficientes Mentales de la Comarca de Aranjuez», calificó los hechos como constitutivos del delito de abuso sexual continuado del artículo 182.1 y 2 CP en relación con los artículos 181.1, 2 y 3 y 180.1 CP; por lo que el juicio típico se realiza a partir de los hechos introducidos por las acusaciones, o existe identidad del bien jurídico protegido y no hay ningún elemento nuevo en la condena del que el recurrente no haya podido defenderse respecto de la acusación (SSTS de 21 de noviembre de 2000 y 22 de diciembre de 2000).

(Sentencia de 30 de octubre de 2005)

### ARTÍCULO 181.3

*Abusos sexuales: Obtener el consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima: existencia: víctima de catorce años de edad y acusado de treinta y siete, profesor de baile y amigo de los padres*

Primero.—El motivo primero por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 LECrim. por indebida aplicación de los artículos 181.3 y 182 CP en relación con el artículo 74.1 del mismo Cuerpo punitivo, al no darse los elementos que configuran e integran el tipo de abusos sexuales y de forma particular, el abuso de superioridad por parte del acusado.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar que respecto al delito de abusos sexuales, la jurisprudencia de esta Sala —por todas SSTS de 5 de mayo de 2000 y 11 de mayo de 2004— ha establecido, como doctrina general que, frente a los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medio comisivo para contravenir o vencer la voluntad contraria de la víctima, tipificados como «agresión sexual» del artículo 178, con el complemento que representan los subtipos agravados de los artículos 179 y 180 del Código Penal, este Texto legal contempla el supuesto de mera ausencia o falta de consentimiento libre en el artículo 181 como «abuso sexual», con tres tipologías distintas:

A) la básica del número 1.º, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento;

B) la agravada del número 2.º, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre menores de trece años, –reforma LO 11/99 de 30 de abril–, o sobre personas privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusa, cuyo fundamento en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido; trastorno mental) tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto; y

C) la del núm. 3 en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto; lo que da lugar al llamado «abuso de prevalimiento».

Cada una de las tres tipologías posibles de «abuso» sexual previstas en el artículo 181 –y diferenciadas de las de «agresión» del artículo 178 y ss.– es a su vez susceptible de presentar en el desvalor de la acción un incremento contemplado por el legislador en los distintos subtipos agravados, o más exactamente agravaciones específicas, que son aplicables a los tipos generales del artículo 181. Esas agravaciones son precisamente las del artículo 182, y carecen por sí mismas de autonomía típica, en cuanto incorporan un plus de antijuridicidad por el especial alcance sexual del comportamiento, respecto de aquel desvalor general propio de los tipos del artículo 181 asentado en el aspecto negativo de la ausencia de consentimiento. Ese desvalor de los subtipos se desarrolla a su vez en dos niveles: por un lado sustituyendo las penas previstas al artículo 181 por otras más graves cuando el «abuso sexual» –esto es el delito de que se trate según el artículo 181– consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal –en la redacción vigente al cometerse los hechos – lo que constituye la agravación del artículo 182 párrafo primero; y por otro lado imponiendo esas nuevas penas agravadas en su mitad superior cuando esos comportamientos agravantes del párrafo primero se hicieran con los prevalimientos o abusos previstos en el párrafo segundo del mismo artículo 182 (las circunstancias 3.ª ó 4.ª de las previstas en el art. 180.1 CP). En definitiva ninguno de los párrafos del artículo 182 es tipológicamente autónomo, sino que representan agravaciones de los «abusos sexuales» previstos en el artículo 181 (de igual modo que lo son también los arts. 179 y 180 respecto a la agresión sexual del art. 178), siendo aplicables cuando la acción, calificable como abuso sexual según el artículo 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el artículo 182. Así lo evidencia en primer lugar la utilización por el artículo 182, en su previsión típica, del concepto de «abuso sexual» que sólo se describe en el artículo 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento, – que es lo esencial en el abuso– mientras que el artículo 182, presuponiendo lo abusivo se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación o contenido sexual, que justifican por ello mismo una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima (STS de 5 de mayo de 2000).

Segundo.–En relación a la circunstancia cualificadora del subtipo del artículo 181.3 CP de prevalimiento, que es la que la Sala sentenciadora estima concurrente. Como ha señalado la doctrina de esta Sala (SSTS de 14 de febrero de 2000 y de 24 de junio de 2004) el Código Penal de 1995 ha configurado de modo diferente el abuso sexual con prevalimiento, sustituyendo la expresión del Código Penal de 1973 «prevaliéndose de su superioridad originada por cualquier relación o situación» por la actual de «prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima». Con ello se expresa la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria y evidente («manifiesta»), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las

partes, y también «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce.

Esta delimitación más precisa de la circunstancia de prevalimiento es concordante con el hecho de que ya no se limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea ésta laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta.

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:

- 1.º Situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.
- 2.º Que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y
- 3.º Que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibitorios de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS de 14 de septiembre de 2001).

En esta dirección la STS de 17 de julio de 2003, recuerda que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los artículos 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionalmente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo del delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto activo se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga limitada o restringida.

En efecto el abuso sexual con prevalimiento no exige la exteriorización de un comportamiento coactivo, pues es la propia situación de superioridad manifiesta por parte del agente y de inferioridad notoria de la víctima, la disposición o asimetría entre las posiciones de ambos, la que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona la libertad para decidir de la víctima y es el conocimiento y aprovechamiento consciente por el agente de la situación de inferioridad de la víctima que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, lo que convierte su comportamiento en abusivo.

Ahora bien, el abuso sexual con prevalimiento ya no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, pero es claro que la edad de la víctima puede determinar la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento, pues cuanto menor sea dicha edad menos capacidad de libre discernimiento tiene la persona afectada.

Por ello, si el Legislador de 1995 estimó que en todo caso constituían abusos sexuales no consentidos los que se ejercitasen sobre menores de 12 años (La Ley 11/1999 elevó el mínimo a trece años), es claro que en personas muy próximas a dicha edad, la posibilidad de coartar la capacidad de discernimiento es muy relevante, por lo que los supuestos de relaciones sexuales entre adultos con plena capacidad de discernimiento y menores en estas edades, integran ordinariamente abuso con prevalimiento dada la acusada desproporción o asimetría entre las respectivas capacidades



intelectivas y volitivas que determinan una situación de inferioridad manifiesta de la menor (STS de 8 de septiembre de 2003).

Tercero.—En el caso que nos ocupa Carmen tenía 14 años recién cumplidos cuando en las Navidades del año 2000 se iniciaron los besos y tocamientos por todo el cuerpo por parte del acusado, y la misma edad, cuando entre enero y junio 2001 el recurrente logró tener relaciones sexuales completas varias veces por semana e incluso una penetración anal, con lo que la posibilidad de coartar su capacidad de discernimiento era muy relevante. Concurren, además, suficientes factores para apreciar la concurrencia objetiva de una situación de superioridad que coartaba su libertad, tal como señala la sentencia recurrida.

En primer lugar no sólo la menor edad de la víctima, tan solo catorce años, sino la diferencia de edad, el acusado era veintitrés años mayor que aquella, dictamina una manifiesta superioridad tanto desde la perspectiva del conocimiento como de la voluntad.

En segundo lugar las relaciones de estrecha amistad entre la familia de la menor y el acusado y la confianza recíproca entre ambos y que motivó que los padres de la menor permitieran que ésta junto con una amiga que fuese con el acusado y su familia a Badajoz en las Navidades del 2000, siendo esta situación la que aprovechó el recurrente para iniciar los abusos sexuales (ATS de 19 de septiembre de 2002 y STS de 28 de octubre de 2002) que hace referencia a las relaciones de vecindad y la íntima amistad que unían al acusado con los padres de la menor.

En tercer lugar, la circunstancia de ser el acusado profesor y manager en la escuela de baile los Alegría, cuando en el año 1997 Carmen, que solo contaba 9 años, inició las clases de baile en dicha escuela, lo que dio lugar a la vez al inicio de una gran amistad entre la familia de Carmen y la del acusado. Esta condición de docente que ostentaba el acusado dio lugar a la obtención de un gran ascendente sobre la menor, que el Tribunal de instancia declara expresamente en el Fundamento Jurídico segundo *in fine* (y que además fuera su profesor de danza al que tenía un «*metus reverentialis* como tal»), al aprovechar la autoridad y capacidad de influencia proporcionadas por su condición de profesor para alcanzar una posición de confianza que una vez utilizada, utilizó para encaminar a la joven a satisfacer sus deseos sexuales (STS de 14 de febrero de 2000), encontrándonos, como recuerda la STS de 21 de enero de 2000, citada en el recurso, no ante un supuesto de «falta» de consentimiento, sino de consentimiento viciado por el abuso de superioridad.

La concurrencia de todos estos factores comporta la existencia del elemento objetivo del abuso de prevalimiento, es decir, la situación de superioridad manifiesta que coarta la libertad de la menor.

En relación con el elemento subjetivo, es decir, el aprovechamiento de esta situación de superioridad basta decir que el acusado disponía de madurez suficiente para poder comprender la trascendencia del hecho y el daño que a la normal evolución y desarrollo de la personalidad de la menor le estaba ocasionando.

En consecuencia, el motivo casacional debe ser desestimado.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2005)

## ARTÍCULO 250.1.2.º

*Estafa procesal: Elementos que integran el tipo. Existencia: interposición de una demanda en juicio ejecutivo en ejecución del importe de unas cambiales a conciencia de que éstas no obedecían a negocio*

*jurídico alguno ni a ningún crédito real, intentando obtener torcidamente una resolución favorable*

Quinto.—En cuanto a la indebida subsunción de los hechos en el tipo de estafa procesal del artículo 250.2.º CP, el motivo tercero alega que el hecho de formular una demanda ante la autoridad judicial basada en unas cambiales aceptadas por los querellantes, aunque fuesen letras de favor y un pacto de no ejecución, excluye el elemento esencial del engaño que requiere el tipo penal.

La modalidad agravada de estafa conocida como estafa procesal, tipificada en el artículo 250, 1 2.º del vigente Código Penal, se justifica en cuanto con tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento.

Como recuerda la Sentencia de 22 de abril de 1997, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte, debiendo reconocerse que «las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio» (STS de 9 de marzo de 1992). «La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, que por el error inducido realiza el acto de disposición (el juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal que aparece expresamente prevista en el propio texto del artículo 248.1 del Código Penal cuando nos habla de «perjuicio propio o ajeno» (STS de 4 de marzo de 1997).

Lo que no cabe, como modalidad agravada de estafa, es que debe cumplir todos los requisitos exigidos en la definición de la estafa ordinaria recogida en el artículo 248.1 del Código Penal, como son: el engaño; el error debido al engaño; el acto de disposición —en este caso resolución judicial— motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro; y la relación de imputación que debe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal (véanse SSTs de 30 de septiembre de 1997 y 22 de abril de 1999, entre otras).

Así, la STS de 21 de febrero de 2003, por ejemplo, confirmaba la condena por ese tipo delictivo declarando que el carácter fraudulento de la actuación procesal del demandante depende de la presencia del ánimo de lucro en la conducta de quien, consciente de que el demandado nada le adeuda, pretende obtener un beneficio económico ilícito mediante una resolución judicial provocada por aquél amparado en un contrato inválido o inexistente, de suerte que la presentación de demanda con apoyo en un contrato invalidado —o realmente inexistente por ausencia absoluta de causa, añadimos— constituye la puesta en escena suficientemente engañosa para suscitar el error del Tribunal civil al que iba dirigida, y por tanto, la tentativa de estafa por la que se ha condenado al recurrente.

En consecuencia, también se dan en el caso presente los elementos que integran el tipo aplicado, pues el medio empleado para provocar el engaño del juez ha sido la interposición de una demanda en juicio ejecutivo en ejecución del importe de unas cambiales a conciencia de que éstas no obedecían a negocio jurídico alguno ni a nin-

gún crédito real, y sabiéndolo, consciente y maliciosamente el acusado intentó obtener torcidamente una resolución favorable.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 28 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 252

*Apropiación indebida: sociedad de gananciales: Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su sesión de 25 de octubre de 2005: el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la excusa absolutoria del artículo 268 CP; existencia: marido que en plena crisis matrimonial inminente a la separación se apropia de los fondos pertenecientes a la sociedad de gananciales*

Segundo.-1. En el segundo de los motivos denuncian la indebida aplicación del artículo 252 del Código Penal, arguyendo que la disposición económica se realizó constante en el matrimonio, por lo tanto ejerciendo la administración del capital que pertenecía a su sociedad de gananciales, la cual no había sido ni disuelta, ni liquidada.

El tema planteado ha sido objeto de escasos pronunciamientos de esta Sala y, en ocasiones, la solución no ha sido uniforme. Así, en algún pronunciamiento se ha negado la tipificación en la apropiación indebida entre esposos respecto de dinero o efectos pertenecientes a una sociedad de gananciales, cuando la misma no ha sido liquidada, porque «no se da el supuesto típico de la tradición o entrega, en virtud de alguno de los títulos a los que hace referencia el artículo 252 del Código Penal, por lo que la cuestión debe ser dilucidada en la vía civil» (STS de 29 de septiembre de 2003), o porque, al no estar liquidada, no puede hablarse de propiedad de uno de los cónyuges y no resulta posible hablar de un delito de apropiación indebida desde el momento que el sujeto activo de dicha infracción penal nunca podrá ser quien es titular de la cosa y por tanto no la tiene en su poder por alguno de los títulos que el Código Penal prevé como título que produzca obligación de devolver la cosa. Estos pronunciamientos, y en parecidos términos los de Audiencias provinciales, se han apoyado en una consolidada jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que tiene establecido, al tratar el tema de las cuentas corrientes indistintas, que «la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta» (SSTS de 8 de febrero de 1991, 7 de junio de 1996, 29 de septiembre de 1997, 5 de julio de 1999 y 29 de mayo de 2000, todas de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo).

Otras Sentencias, STS de 1 de febrero de 2005, en sentido contrario, confirman una condena por apropiación indebida, señalando que «plantea (el recurrente) que no se han realizado liquidaciones. La doctrina de esta Sala tiene señalado (véanse Sen-

tencias de 27 de diciembre de 2002 y anteriores que cita) que la incidencia, para la calificación jurídica penal de una conducta, de la inexistencia de una previa liquidación de cuentas entre las partes depende de cada caso particular, tratándose de apropiación indebida. Y, en el supuesto que nos ocupa, la Audiencia ha contado con elementos suficientes, que especifica, para concluir que el resultado de la liquidación implica, de todas maneras, una apropiación o distracción por el acusado, mandatario, de bienes patrimoniales muebles que debía haber reintegrado a Guadalupe; y que la cuantía de esa defraudación excede del mínimo legal».

También en la STS de 5 de febrero de 2004, se razona sobre la tipicidad de la disposición de bienes gananciales por el marido, cuando se han revocado los poderes de disposición, en el delito de apropiación indebida. «No obstante, es evidente también que el acusado había vulnerado sus deberes frente a la persona que lo autorizó a cargar gastos en su cuenta y, de esa manera, infringió un deber de confianza mediante una distracción de dinero en el sentido del artículo 252 CP. Es decir: debió ser condenado por la comisión de un delito de administración desleal y no por el delito de estafa. Consecuentemente: la subsunción practicada en la sentencia recurrida es errónea, pues no se da ninguno de los elementos del tipo de la estafa. Ello no quiere decir que la conducta del recurrente, que no ha negado en ningún momento haber hecho las compras que fueron cargadas en la cuenta de la perjudicada, sea penalmente irrelevante, toda vez que su acción constituye una distracción del dinero en el sentido del artículo 252 CP».

Esta disparidad de soluciones dio lugar a que la Sala encargada del conocimiento del recurso acordara la elevación de la cuestión al Pleno no jurisdiccional de la Sala II para unificar los criterios dispares, reunión que tuvo lugar el pasado día 25 de octubre, que acordó que «el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absoluta del artículo 268 del Código Penal».

2. La jurisprudencia de esta Sala, desde antes del Código Penal de 1995, STS de 31 de mayo de 1993, 15 de enero de 1994, 1 de julio de 1997, 26 de febrero de 1998 y otras, que conforman una dirección jurisprudencial consolidada (SSTS de 31 de enero de 2005, 2 de noviembre de 2004 y las que citan), ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que «en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron». STS de 31 de enero de 2005. Así, en la Sentencia de 12 de mayo de 2000, se declaraba que el artículo 252 del vigente Código Penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición actúa. En esta segunda modalidad de apropiación, consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el artículo 252 del Código Penal y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad (cfr. STS de 16 de septiembre de 2003), sin que sea precisa

la incorporación al propio patrimonio de lo distraído, aunque normalmente así ocurra.

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Señalado lo anterior, analizamos la impugnación desde el hecho probado y su subsunción en el artículo 252 CP. En síntesis el relato fáctico declara que el marido, en plena crisis matrimonial, que determinó la presentación de una demanda de separación, ejercitando las funciones de la administración de bienes de la sociedad de gananciales, los desvía de su destino propio y, además, los incorpora a su patrimonio. Para analizar la subsunción hemos de atender al régimen del sistema de gananciales dispuesto en el Código Civil. La sociedad de gananciales se integra por los bienes obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; sus frutos, rentas o intereses; etc., de acuerdo al artículo 1347 del Código Civil. Los cónyuges, salvo pacto expreso, ostentan facultades de administración de la sociedad de gananciales (art. 1375 CC), necesitando el consentimiento, expreso o tácito, anterior o posterior, del otro cónyuge para la realización de disposiciones sobre esos bienes (art. 1377 CC). Sobre los gananciales existe una expectativa de atribución por mitad de los mismos, al tiempo de la disolución (art. 1344 CC) (STS, Sala I, 12 de junio de 1990). La sociedad de gananciales es la titular de los bienes y los esposos son considerados terceros respecto a esa masa común, disponiendo, los artículos 1362 y ss. del CC las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es decir, las atribuciones a que deben dedicarse los bienes gananciales a través de los administradores. Es decir se trata de una masa patrimonial, ajena a la propiedad de cada esposo, respecto a la que los esposos tienen facultades de administración en los términos dispuestos en el Código Civil.

Del relato fáctico observamos que el acusado, a través de su madre como instrumento que actúa sin dolo, conforme hemos expuesto en el anterior fundamento, realiza actos de disposición de los bienes gananciales en dos momentos, tres días antes y tres días después de la presentación de la demanda de divorcio ante los tribunales de residencia del matrimonio en Suiza, por lo tanto sabedor de la inminente disolución de la sociedad de gananciales, en los hechos del 17 de junio, y cuando las facultades de administración habían cesado, por aplicación del artículo 102 del Código Civil, respecto a los hechos del 24 de junio, pues el día 20 se había presentado la demanda de separación. Los actos de administración han de ser reputados fraudulentos, en todo caso con manifiesta infidelidad respecto a las exigencias de administración de los bienes comunes integrados en la sociedad de gananciales, pues realiza actos, desde la administración que ostenta, que perjudican el patrimonio de la sociedad en un depósito a plazo fijo por un importe de 12 millones de pesetas que hace desaparecer y, al tiempo, las inminentes expectativas de la esposa de atribución de la mitad de los bienes de sociedad. En puridad es la sociedad de gananciales la perjudicada en la apropiación de los bienes por el acusado, pues es a la sociedad a la que se detrae el dinero existente en la cuenta corriente y a ella debería serle reintegrado los 12 millones distraídos, pero la sentencia impugnada, desde la vinculación de los escritos de acusación ha anticipado la disolución de la sociedad atribuyendo por mitad los bienes de la sociedad.

No procede la pretensión de liquidación de la sociedad de gananciales, como premisa previa a la existencia del delito de apropiación, pues desde los hechos probados el contenido de la apropiación por administración desleal aparece claro en la desviación de la masa ganancial de los 12 millones de pesetas que a ella pertenecían y de la que el acusado se apropió en los términos establecidos. Tal liquidación pudiera ser necesaria si en la instrucción de la causa se alegara, o resultara, unas actuaciones que indicaran una actuación dirigida a la compensación patrimonial, pero nada de esto se ha alegado ni resulta de la causa. Por el contrario, el acusado, que nada alega al respecto que pueda ser considerado como principio de prueba de una causa de justificación de la distracción, el atender cargas de la sociedad, por ejemplo, se limita a negar su intervención en los hechos, que imputa a su madre y a manifestar su creencia sobre la desaparición en un robo.

La conducta del acusado es la de un administrador infiel que abusando de su cargo con respecto a los bienes gananciales que administra los distrae de su destino, en los términos que resultan del Código Civil, en perjuicio de la masa ganancial y, a la postre, de la cónyuge. En otros términos, los hechos probados, la disposición fraudulenta de bienes gananciales, son típicos del delito de apropiación indebida en su modalidad de administración desleal, pues las facultades del administrador son empleadas en fraude de la masa ganancial y, a la postre, del otro cónyuge.

Este planteamiento es general para toda administración fraudulenta de bienes gananciales, y afectará tanto a las deslealtades producidas en situaciones de crisis de la convivencia, como a situaciones de normalidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el Código prevé la excusa absolutoria del artículo 268 para los supuestos de delitos patrimoniales entre esposos que no estuvieren separados legalmente, o de hecho o en proceso legal de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, por lo que la responsabilidad penal desaparece, pese a la tipicidad de la conducta, en los supuestos de constante matrimonio o de relación de análoga significación, en los términos que fue aprobada en la reunión del Pleno de esta Sala de 1 de marzo de 2005.

Consecuentemente, los hechos que se declaran probados están correctamente subsumidos en el tipo de la apropiación indebida. Además, la conducta descrita en el hecho probado se enmarca en lo que, desde alguna legislación penal moderna, se ha tipificado como delitos de violencia intrafamiliar, en su manifestación de violencia patrimonial, en los supuestos en los que uno de los cónyuges, abusando las competencias de administración de los bienes comunes, los detrae en perjuicio de la masa común, en un primer momento, y del otro cónyuge, en definitiva.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2005)

## ARTÍCULO 318 BIS

*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España: inexistencia: alojar a inmigrantes ilegales a cambio de precio: el hecho básico tiene que estar conectado con otras conductas de favorecimiento de la inmigración, pues el alojamiento en sí, sin otras connotaciones, es un acto penalmente impune*

Segundo.—El motivo primero se plantea por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal manteniendo que se le ha aplicado indebidamente el artículo 318 bis del Código Penal. 1. Comienza prometiendo respeto al hecho probado pero después dedica todo su esfuerzo impugnativo a desmenuzar las numerosas pruebas existentes a lo largo de las actuaciones. Esta tarea resulta inútil y entra en contradicción con sus propias argumentaciones. 2. Para afrontar la tesis del recurrente debemos trasladarnos al relato fáctico y comprobar sobre que hechos o actuaciones se asienta la calificación jurídica aplicada.

Se afirma que, ante la denuncia de que tenía en su casa unos quince inmigrantes ilegales, se realizó una vigilancia externa observándose por los funcionarios gran número de personas en la misma. Ante la presencia de la policía salieron precipitadamente algunos de ellos que fueron detenidos e identificados comprobándose que los ciudadanos marroquíes carecían de documentación que les habilitara para entrar y permanecer en el territorio español, circunstancia conocida por el acusado.

Esta Sala no duda que el acusado conocía de manera total y completa que estaba alojando en su casa a ciudadanos marroquíes que habían entrado ilegalmente en España, por lo que lógicamente carecían de papeles acreditativos de su residencia. 3. El tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal, contempla conductas de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico ilegal de personas. Aislando esta expresión del resto del contenido de los numerosos apartados del mencionado artículo es evidente que acoger a ciudadanos extranjeros que entraron ilegalmente, supone una prestación, de ayuda o auxilio, remunerado o no, que se concreta en el albergue o acogimiento de extranjeros sin papeles.

El tipo penal se construye sobre un elemento nuclear que no es otro que el tráfico ilegal de personas desde o hacia el territorio español.

A partir de esta base se va componiendo un andamiaje que soporta diversas conductas que amplían y agravan el tipo básico. 4. En primer lugar, se agrava el reproche cuando los actos típicos se realizan con ánimo de lucro o por medio de violencia, intimidación o engaño o abusando de la situación de necesidad de la víctima. Es evidente que esta conducta no concurre en el acusado, ni tampoco existe engaño o violencia. Una interpretación contextual del tipo nos lleva a conectar necesariamente el alojamiento con una fase posterior de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal. En una segunda fase, se puede cooperar ofreciendo la estructura del alojamiento clandestino para eludir los controles callejeros de la policía. Este dato no se da en el caso presente o en todo caso, no se concreta en el relato fáctico. 5. El segundo aspecto agravatorio del tipo nos sitúa también ante la conducta típica de promoción u organización del viaje, ya que no se podría comprender muy bien como una conducta de alojamiento, de las características de la que estamos examinando, puede poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas si no se refiere a la fase de entrada. No nos encontramos ante unas condiciones de alojamiento infrahumanas, ni consta la existencia de detenciones ilegales. Una interpretación lógica y sistemática del precepto nos lleva a considerar que el hecho típico no es el acogimiento aislado de las actividades del tráfico sino la colaboración activa con el paso ilegal de personas extranjeras.

Si complementamos esta argumentación con el texto general de la Ley de Extranjería, el artículo 54.1 de la Ley 8/2000 nos da una clave interpretativa, al considerar como infracción administrativa muy grave, inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito. Es decir, el hecho básico tiene que estar conectado con otras conductas pero si no se prueba esta conexión el alojamiento, sin otras connotaciones, es

un acto penalmente impune. Si el bien jurídico protegido es la protección de los intereses y derechos de los extranjeros frente a las conductas que se describen en el tipo del artículo 318 bis del Código Penal, no existe lesión alguna por albergar a éstos, mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, aunque sea mediante el cobro de una cantidad por el alojamiento. Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 19 de octubre de 2005)

## ARTÍCULO 368

*Tráfico de drogas: La invitación gratuita al consumo sigue siendo conducta delictiva. Promover, favorecer o facilitar el consumo: existencia: ofrecimiento de porros y de varias rayas de cocaína a menores*

La jurisprudencia ha caracterizado el delito del artículo 368 CP como un delito de peligro abstracto. Estos delitos de peligro abstracto, han sido definidos en la doctrina como aquellos cuyo fundamento de punibilidad es la peligrosidad general, independientemente del caso concreto, por lo que no se requiere que el bien objeto de protección haya corrido un peligro real. Ello permite que estos delitos sean formulados como delitos en los que la acción tenga una determinada aptitud generadora de peligro. Este punto de vista ha sido ratificado por la decisión del Pleno no jurisdiccional del 3 de febrero de 2005. En el caso del tipo del artículo 368 CP el objeto de protección mencionado por el legislador es especialmente inconcreto, pues la salud «pública» no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas, es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población. La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha superado las discrepancias que existieron en relación con la caracterización de la peligrosidad de la acción, afirmando que todo acto de tráfico con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido (STS de 15 de marzo de 2005).

Ahora bien, el bien jurídico protegido sufre lo mismo si la transmisión de la droga es onerosa como gratuita y por eso la jurisprudencia de esta Sala ha considerado típica la donación incluso cuando desapareció nominalmente del antiguo artículo 344 CP por la reforma LO 8/83 de 25 de junio, pues no es necesario, para que se cometa el delito que se haya obtenido beneficio económico y ni siquiera pretenderlo (SSTS de 17 de octubre de 1990, 20 de septiembre de 1991 y 28 de septiembre de 1992). La jurisprudencia (STS de 12 de abril de 2002), ha seguido manteniendo que la invitación gratuita al consumo sigue siendo delictiva, admitiendo sólo en algunos casos, siempre excepcionales, la atipicidad de la conducta en el llamado consumo compartido como modalidad del autoconsumo no punible, o en aquellos otros, también excepcionales, en que por un fin loable y altruista se ha facilitado una pequeña cantidad de droga para ayudar, a quien ya es drogadicto, en su proceso de deshabitación o para impedir los riesgos de un posible síndrome de abstinencia, pero nunca cuando los que reciben la droga no son drogodependientes como sucedió en el caso enjuiciado pues Carmen sólo era consumidora esporádica y no había, hasta entonces, esnifado cocaína.

Por tanto, la tutela reforzada de los menores ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo, como a quien ya lo ha hecho, pues en ambos casos consti-



tuye un riesgo relevante para la salud (STS de 28 de junio de 2002), siendo suficiente la oferta de la droga poniéndola en condiciones de acceder a ella, lo que hubiera obligado a aplicar el subtipo agravado del artículo 369.1 (actual núm. 5.º), salvo que se haya estimado aun cuando la Sala de instancia nada dice al respecto, concurrente la doctrina sentada por la Sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 2004, en relación a que si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuridicidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública, —en el caso enjuiciado es el que no se ocupó sustancia alguna, su cantidad tuvo que ser necesariamente mínima al referirse la menor siempre a «rayas» de cocaína, sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan, y que dicho suministro sí genera un favorecimiento de las normas y un «efecto psicológico que en absoluto es inocuo y entraña ese potencial riesgo para la salud pública». Ahora bien, siendo ello así, evidentemente el *non bis in idem* obliga a aplicar el tipo básico y no el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1 CP, pues es claro que la tipicidad tiene lugar por la especial consideración como menores de los destinatarios de la sustancia, luego si ademásuviésemos en cuenta el subtipo agravado el mismo hecho sería objeto de una doble consideración penológica.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2005)

## ARTÍCULO 457

*Simulación de delito: Elementos: se excluye su comisión culposa. La actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la notitia criminis o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica. Denunciar una infracción penal inexistente, un robo con fuerza en las cosas en el local comercial del acusado: denuncia en Comisaría que motivó la apertura de procedimiento judicial acordando el sobreseimiento provisional por autor desconocido*

En relación a este último delito se sostiene en el motivo que no ha habido ninguna simulación ya que los hechos son ciertos y reales y además tampoco se ha producido actuación procesal alguna, pues el Juzgado de Instrucción núm. 40 a quien correspondió tramitar la denuncia, no investigó la existencia de la autoría del delito denunciado, limitándose a dictar auto de archivo.

El desarrollo argumental de este submotivo hace necesario recordar los elementos que configuran este delito, que son (STS de 23 de diciembre de 2004):

a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de

la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaría motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que «en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales».

c) El elemento subjetivo que se integra con la conciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa *notitia criminis* llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación.

Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la *notitia criminis* o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (SSTS de 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003).

En consecuencia, aun en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado.

Pues bien, en relación a la certeza y realidad de los hechos denunciados no podemos olvidar que el recurso de casación es un recurso, que en términos generales, parte de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, por lo que a ellos ha de estarse. El sistema únicamente permite dos formas de atacar el hecho probado con la intención de obtener su modificación: una, por la vía de la alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia (es decir, infracción de precepto constitucional) y, otra, por la vía del error en la apreciación de la prueba previsto en el artículo 849.2 LECrim. En el caso que se analiza ya se ha desestimado el motivo segundo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que cuestionaba la actividad probatoria desplegada en el juicio oral como suficiente para deducir racionalmente la existencia de un resultado probatorio que pudiera estimarse «de cargo» del que concluir la existencia de los delitos imputados.

Incólume, por tanto, el relato fáctico, tal como exige el motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim y reiterada jurisprudencia (SSTS de 6 de mayo de 2002, 22 de octubre de 2002, 25 de febrero de 2003), señala al ser tal vía camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente. Pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, de acuerdo con lo que prevé el artículo 884.3 de la misma Ley procesal. Dichos hechos probados, en particular los apartados que se refieren a que la última

solicitud de ampliación de capital asegurado con Catalana Occidente fue realizada el 29 de agosto de 1997 por Francisco y pedía una ampliación de capital hasta 110.000.000 de pesetas y al mismo tiempo sacó todas las alfombras que tenía en el local de la calle Serrano y las llevó a la nave de la avenida de Logroño, 457, de Madrid, donde las ocultó con el consentimiento y de acuerdo con Baltasar, a que el 19.97 Francisco presentó en la Comisaría de Policía de Chamartín, una denuncia en la que relataba que personas desconocidas habían forzado la ventana del local de la calle Serrano, 220 y se habían apoderado de 300 alfombras valoradas en 110.000.000 de pesetas, y de un ordenador portátil marca Toshiba valorado en 500.000 pesetas, y que habían causado daños por importe de 25.000 pesetas, y a que el 15.198 se practicó en la nave 13 de la avenida de Logroño, 457, una entrada y registro, que había autorizado la titular del Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid, en auto de esa misma fecha, encontrando el Secretario Judicial y los funcionarios de policía 117 alfombras de las denunciadas como sustraídas, permiten al Tribunal de instancia llegar a la conclusión lógica y racional de que el robo denunciado era inexistente, limitándose esta Sala a constatar que tal inferencia responde a las reglas de la lógica y se adecua a las normas de experiencia o de los criterios científicos. Y con respecto a la denunciada «ausencia absoluta de actividad procesal» que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es que allí se deja constancia que la denuncia –a que antes hemos hecho referencia– fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid, el cual incoó las diligencias previas 4906/97 en las que se dictó inmediato auto de sobreseimiento provisional de 4.9.97 por falta de autor conocido.

Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el artículo 641 LECrim, lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judicial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente. Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes.

Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la STS de 27 de noviembre de 2001 que declara con nitidez: «El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial. En el caso de una denuncia de un delito inexistente, en la que no se facilitan datos sobre la persona a la que pueda ser atribuida la autoría del hecho, nos encontramos ante un supuesto frecuente de autor desconocido que provoca necesariamente la incoación de unas Diligencias Previas y posteriormente la redacción o el acuerdo de un Auto de archivo y sobreseimiento, por no existir de momento un autor conocido. Todos estos trámites se han cumplido en el caso presente por lo que el requisito que condiciona la aplicación del tipo, se ha producido perfeccionándose la figura delictiva de la denuncia falsa». Consecuentemente si bien el auto de incoación de las Diligencias Previas se acordó el sobreseimiento al no resultar identifica persona alguna como autor del delito falsamente denunciado, dicha actuación jurisdiccional necesariamente debe integrar el concepto de actuación procesal a los fines anteriormente señalados

pues la única actuación procesal posible ante una denuncia sin presunto autor conocido es la incoación de diligencias y el sobreseimiento provisional. Y es que si la imputación se hubiera dirigido contra persona determinada la infracción criminal cometida sería la tipificada en el artículo 456 del CP. A mayor abundamiento, si bien, aquellas diligencias previas 4906/97 fueron archivadas, con fecha 17 de octubre de 1997 se decretó su apertura como consecuencia de las investigaciones policiales, acordándose por auto de la misma fecha la intervención, grabación y escuchas de los teléfonos, pertenecientes a los acusados, y por auto de 15.198 la entrada y registro en los domicilios de los mismos y nave de avenida de Logroño, 457, en consecuencia no puede cuestionarse la existencia de actuaciones judiciales.

(Sentencia de 19 de octubre de 2005)

### ARTÍCULO 490.3

*Delitos contra la corona: injuriar al Rey en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas: existencia: decir del Rey de España que es el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia. Frases injuriosas que sobrepasan el derecho a la libertad de expresión e información y que por sí mismas revelan el ánimo de injuriar*

Primero.—El Ministerio Fiscal, en el único motivo de su recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invoca infracción, por inaplicación, del artículo 490.3 del Código Penal.

Entiende el Ministerio Fiscal que el Tribunal que ha dictado la sentencia recurrida ha procedido con olvido de la constante jurisprudencia que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han venido formulando en relación con los límites del ejercicio de la libertad de expresión, y en el desarrollo del motivo se recogen sentencias correspondientes a esa jurisprudencia. Sigue diciendo el Ministerio Fiscal, en defensa de su recurso, entre otros extremos, que reconociendo que el ejercicio de la libertad de expresión debe contemplarse con preferencia especialmente cuando se trata de ejercer en el debate político y como crítica a las instituciones, no obstante la sentencia que se recurre al identificar los derechos fundamentales en juego, por un lado el derecho al honor que como Monarca y persona tiene S.M. El Rey de España, y de otra el derecho a la libertad de expresión que corresponde al acusado, el Tribunal de instancia no ha efectuado con corrección legal, ni constitucional, la preceptiva ponderación en la confrontación de tales derechos. Sigue diciendo el Ministerio Fiscal, que el relato fáctico contiene expresiones claramente calumniosas e injuriosas para el Monarca habida cuenta de su carácter claramente innecesarias y desproporcionadas a la finalidad de crítica política que podía perseguir el Sr. Arnaldo al formularlas y que la sentencia recurrida ignora la especial protección que el tipo penal en cuestión ofrece normativamente para con los bienes jurídicos protegidos, por un lado el honor y por otro la dignidad de la Institución, lo que por otra parte no es sino la expresión de la consideración que la Constitución española tiene para el papel moderador de una monarquía constitucional y parlamentaria como la que se dibuja en los artículos 56-64 de la Constitución y cuya expresión última supone además la inviolabilidad de la figura del Monarca.

Refiriéndose a la libertad ideológica y tras reseñar la jurisprudencia aplicable, señala el Ministerio Fiscal que el Sr. Arnaldo no sólo declara que el Rey español «ampara la tortura», sino que afirma que «impone su régimen monárquico a través de la tortura y la violencia». Por lo que el orden público tutelado por la Ley se ve así sobrepasado, pues se introduce el criterio de violencia, límite de la libertad ideológica. Sigue diciendo que no hay derechos absolutos e ilimitados, también lo es la libertad ideológica y en el supuesto que nos ocupa tales límites han sido excedidos. La unión de las afirmaciones que imputa al Rey, el amparo de la tortura y el uso de la violencia, así lo evidencian. También el derecho fundamental a la libertad ideológica se ha utilizado fuera de la protección constitucional, por lo que tampoco puede servir como causa de justificación de una conducta típica. Para censurar políticamente al Lehendakari (objeto principal de sus declaraciones, según el propio imputado) no resultaba en absoluto necesario ni proporcionado el insulto al Rey (que no era el sujeto directamente criticado), llamándole torturador y violento. En caso contrario, cualquier insulto a la persona física que detenta un alto cargo institucional podría verse amparado por la libertad ideológica, pues podría alegarse que lo que en realidad se efectuaba era una crítica a la institución política que encarna, con la que el autor se encuentra en desacuerdo. El delito de injurias al Rey devendría un delito imposible, y ello, aparte de absurdo, contradice la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Así las cosas, la Sala de instancia tampoco ha ponderado adecuadamente el derecho a la libertad ideológica del imputado, por lo que la sentencia absolutoria impugnada debe ser revocada, dictándose en su lugar otra por la que se condene a D. Arnaldo como autor de un delito de injurias al Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, en relación con el artículo 208 del mismo texto legal, a la pena de quince meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo, con expresa condena en costas.

La sentencia recurrida por el Ministerio Fiscal sustenta su pronunciamiento absoluto en el ejercicio de la libertad de expresión. Tras señalar que las declaraciones del acusado son claramente ofensivas, impropias, injustas, oprobiosas y ajenas de la realidad, añade que, sin embargo, no es posible determinar su antijuridicidad penal acorde con la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la libertad de expresión y que en este caso el derecho a la libertad de expresión tiene carácter preponderante respecto al honor, señalando que no se trata de una cuestión referente a la vida privada del Jefe del Estado sino del rechazo de la vinculación del poder político fundado en el carácter hereditario de la institución que aquél personalmente simboliza y a la vez del desconocimiento de la autoridad que de ella emana como manifestación de la idea que el autor quiere difundir, en tanto contrario a la forma de Estado adoptada por la Constitución de 1978. Sigue diciendo, entre otros extremos, que la crítica de una institución constitucional no está excluida del derecho a la libertad de expresión, y en tales casos éste adquiere, frente al derecho al honor, el carácter de un derecho constitucional prevalente en tales materias, y que las declaraciones del acusado se realizaron en el ámbito que puede sin dificultad considerarse de carácter público –político e institucional.

La parte recurrida, que actúa en defensa del acusado, impugna el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, argumentando en defensa de la sentencia absolutoria, entre otros extremos, que el relato de hechos no contiene expresión injuriosa o vejatoria alguna y que en absoluto son desproporcionados dentro del contexto político en el que se desarrollan las manifestaciones; que las frases no se dirigían directamente al Rey, sino al Lehendakari; que no se ha producido lesión de la dignidad; que la gravedad objetiva del hecho en el sentido público no existió en absoluto; que se deben ponderar los factores concurrentes; que no existe *animus iniuriandi* y que lo que

existe es un *animus criticandi*; que el Sr. Arnaldo habla del Jefe de los torturadores como algo genérico y sin concreción; que el Rey es una persona pública y debe soportar cualquier crítica siempre que tenga relación con su cargo; que no existe insulto; que sería de aplicación la *exceptio veritatis*, al sostener que han existido malos tratos y torturas cometidas por funcionarios públicos; reitera que las declaraciones del acusado no son insultos ni expresiones vejatorias, siendo simples juicios de valor; que no le imputó delito alguno. Por último termina alegando que con respecto a la validez de la prueba videográfica hacen suyo el voto particular que da por reproducido impugnando lo que de contrario a dicho voto haya en el recurso interpuesto.

El voto particular, al que hace referencia la parte recurrida, coincide con el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia y al mismo tiempo sostiene que la cinta de vídeo aportada como prueba por el Ministerio Fiscal no ha sido legítimamente obtenida ni practicada, en cuanto no recoge en su integridad todo lo grabado, y entiende que no alcanza la categoría de prueba de cargo el documento videográfico en el que se sustentan las frases atribuidas al acusado que tienen su reflejo en el relato fáctico de la resolución mayoritaria.

Así las cosas, este Tribunal de casación, antes de dar respuesta a la infracción legal denunciada por el Ministerio Fiscal, y que se infiere del contenido del relato fáctico de la sentencia recurrida, debe examinar si ese relato fáctico se ha podido construir con vulneración de las garantías que exige el debido proceso y si se han tenido en cuenta pruebas de cargo que se han obtenido ilícitamente, como parece alegar la parte recurrida al hacer suyo el voto particular.

Lo cierto es que la defensa del acusado, como cuestión previa, al inicio del acto del juicio oral, planteó la invalidez de la prueba documental videográfica alegándose que la misma no se había obtenido con las garantías que exigen el Tribunal Constitucional y esta Sala, en cuanto el vídeo que fue visionado en la vista era un montaje integrado por diferentes grabaciones entre las que está la afectante al Sr. Arnaldo, que así queda fuera de contexto y añadió que no se había traído a la prueba a las personas que realizaron el montaje.

La Sala Civil y Penal del Tribunal de Justicia del País Vasco, en el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, da puntual respuesta a estas alegaciones, rechazando la invalidez invocada, en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala que se menciona, y se recoge lo declarado en STS 968/1998, de 17 de julio, de que los vídeos no suponen una prueba distinta de una percepción visual, en tanto que la grabación no hace otra cosa que perpetuar la de una o varias personas. Si la declaración en el juicio oral, de quienes obtuvieron las grabaciones videográficas, resulta coincidente a efectos identificatorios de las personas intervinientes en la acción delictiva y con relación al propio desarrollo de los hechos que conforman dicha acción –visualizada en el plenario–, no parece reprochable tener por válido el contenido de tales manifestaciones en tanto que el cámara tuvo una percepción directa de los hechos en el mismo momento en que ocurrían y sus afirmaciones y explicaciones descriptivas estuvieron sometidas en dicho acto a los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación, asegurándose así la viabilidad procesal y la virtualidad incriminatoria de su testimonio sin merma de derechos constitucionales o garantías a los justiciables. Y aplicando esta doctrina al supuesto concreto que se examina, se señala que la cinta videográfica, que correspondía a una rueda de prensa y por consiguiente en un espacio público, fue visionada en el acto del juicio oral y la defensa del acusado pudo plantear cuantas objeciones estimara convenientes en orden a cuestionar la veracidad de su contenido o la manipulación de las declaraciones efectuadas por el imputado o la autoría misma de aquellas manifestaciones, sin que así lo hiciera; y de otro lado, los técnicos en imagen y sonido que

realizaron la grabación de las declaraciones del imputado, en la rueda de prensa, prestaron declaración testifical, tras nuevo visionado de la cinta, manifestando que estuvieron en dicha rueda de prensa y que realizaron la grabación de las declaraciones de Arnaldo y que se corresponden con las que aparecen en la cinta visionada, si bien la grabación por ellos realizada era más amplia y comprendía la totalidad de las declaraciones de la rueda de prensa que aquel día cubrieron. Por todo ello, el Tribunal de instancia concluye afirmando que la prueba documental videográfica se practicó con garantía, con cumplimiento de los principios de publicidad, contradicción, oralidad e inmediación y, en consecuencia, resulta válida para quebrar el principio de presunción de inocencia, quedando garantizada la autenticidad de la prueba y la ausencia de manipulación de la cinta.

Los razonamientos expresados por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco son perfectamente correctos y acordes, por lo que se deja expresado, con la jurisprudencia de esta Sala, y tras la lectura de las actuaciones y examinados los distintos momentos procesales que precedieron a la doble visión y audición de la cinta de vídeo, en el acto del juicio oral, se confirma la legitimidad de ese medio de prueba y lo lícito de su valoración por el Tribunal sentenciador.

Ciertamente, se interpone querrela por el Ministerio Fiscal, en escrito de fecha 12 de marzo de 2003, al tener conocimiento de las manifestaciones que D. Arnaldo había realizado en una rueda de prensa, al considerar que varias de las frases proferidas pudieran ser constitutivas de injurias graves a S.M. el Rey. Admitida que fue la querrela, el Instructor interesó, entre otras diligencias, que los medios que hubieran podido cubrir dicha conferencia de prensa le remitieran la cinta de vídeo que la hubiera recogido, y al folio 141 consta escrito, de fecha 6 de octubre de 2003, remitido por EITB (Euskal Irrati Telebista), en el que se dice que, de conformidad con lo interesado por escrito del Juzgado, de fecha 16 de septiembre de 2003, adjunto se remite grabación audiovisual correspondiente a la rueda de prensa que tuvo lugar en San Sebastián, el 26 de febrero de 2006, y que fue emitida el día 28 de febrero en nuestro informativo de la noche «Gaur Egun».

Recibida que fue esa grabación audiovisual, se extiende Diligencia, de fecha 24 de octubre, en la que se hace constar que se ha recibido, entre otros, el oficio que acompaña a dicha grabación audiovisual, quedando depositada en la Secretaría del Tribunal. Y asimismo consta su notificación a las partes.

En Auto, de fecha 27 de noviembre de 2003, se acuerda la tramitación por el procedimiento regulado en el capítulo IV, del Título II, del Libro II de la LECrim., por si los hechos fueren constitutivos de injurias graves al Rey y se acuerda el traslado al Ministerio Fiscal para que, en su caso, solicite la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación, y en el primero de los razonamientos jurídicos de esta resolución, se refiere a los hechos que se infieren de lo actuado y entre las declaraciones que se atribuyen al querrelado se incluyen expresamente que el Rey de España es el responsable de los torturadores, el que protege la tortura y nos impone, bajo la tortura y la fuerza, el régimen monárquico, frases que aparecen en la grabación audiovisual recibida por el Instructor.

En los folios 161 y siguientes de las actuaciones aparece incorporado el escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal, en el que se califican las frases pronunciadas por el acusado como constitutivas de injurias graves a S.M. el Rey y se solicita, como prueba documental, la grabación audiovisual realizada por EITB, y se interesa de la Sala que tome las medidas procedentes en orden a dotar a la Sala de Vistas de los mecanismos técnicos adecuados para la visualización de la grabación audiovisual realizada por EITB, cuya remisión al Tribunal se constata al folio 141 de

la causa, y cuya práctica se interesará, como documental, por este Ministerio Fiscal, en el momento oportuno del desarrollo de las sesiones del juicio oral.

En el escrito de defensa del acusado, en el segundo de sus apartados –folio 184 de las actuaciones– se dice literalmente lo siguiente: «Pero es que además lo que dijo el Sr. Arnaldo:

- Que inauguraba el Lehendakari un proyecto con el Rey de los Españoles –cierto y no injurioso.
- Que el Rey es el Jefe supremo de las Fuerzas Armadas –cierto y no injurioso.
- Que en ese contexto es el mando último de la Guardia Civil –cierto y no injurioso.
- Jefe de los que han torturado a... y... –cierto y no injurioso–. Existe denuncia de torturas en trámite ante los Juzgados de Instrucción de Madrid.
- El Rey es la cabeza de la Armada Española –cierto y no injurioso.
- Jefe de los torturadores y nos impone bajo tortura y fuerza el régimen monárquico».

Y añade, tras esta última frase, que «es una valoración política, realizada en el ejercicio de la libertad de expresión, no injuriosa...».

En el inicio del juicio oral, el Ministerio Fiscal reiteró su petición de visionado y audición de la grabación aportada por EITB, y además se solicitó el testimonio de los técnicos que llevaron a cabo dicha grabación audiovisual, prueba que fue admitida por el Tribunal, realizándose el visionado y audición, con intervención de intérpretes de euskera, lo que se reprodujo cuando depusieron testimonios los técnicos que la habían realizado, como consta en el acta del juicio oral, quienes ratificaron que lo visionado y escuchado, en donde se recogen las frases que obran incorporadas al relato fáctico, se corresponden con lo que ellos grabaron.

De lo actuado que se acaba de mencionar, aparece perfectamente acorde con las reglas de la lógica y la experiencia la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que ha existido prueba de cargo legítimamente practicada que acredita que el acusado pronunció las frases que se le atribuyen en los hechos que se declaran probados, y tanto es así que en el propio escrito de defensa, como antes se ha dejado expresado, se reconoce que el acusado había pronunciado, en mencionada rueda de prensa, las frases que se reflejan en el relato fáctico, realidad que no se ve alterada por el hecho de que esas frases fuesen una parte de unas declaraciones más amplias.

Así las cosas, y como se razona por el Tribunal de instancia, la grabación audiovisual, introducida en el acto del juicio oral y completada con las declaraciones de los técnicos que la realizaron, constituye prueba lícitamente obtenida, susceptible de ser valorada por el Tribunal sentenciador, habiéndose dado cumplimiento acatamiento a los principios de inmediación, contradicción y publicidad, desarrollándose el proceso con todas las garantías para el acusado, que ha podido ejercer su derecho de defensa sin restricción alguna y asimismo se ha dado cumplimiento al principio acusatorio, en cuanto los hechos que se declaran probados se corresponden con los descritos por el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, modificadas en el acta del plenario, como puede comprobarse con la lectura del acta extendida al efecto.

Segundo.–Pasamos a examinar la infracción legal invocada por el Ministerio Fiscal, partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

En ellos se dice que el acusado, en la tantas veces citada conferencia de prensa, manifestó, entre otros extremos, «¿Cómo es posible que se fotografien hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del Ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que



impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».

El Ministerio Fiscal entiende, como antes se ha dejado mencionado, que debió apreciarse un delito de injurias graves a S.M. el Rey.

El Tribunal Constitucional nos recuerda, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, que si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina de este Tribunal, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 104/1986, de 17 de julio; 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 320/1994, de 28 de diciembre; 42/1995, de 13 de febrero; 19/1996, de 12 de febrero; 232/1998, de 1 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; y 2/2001, de 15 de enero). Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del artículo 20.1.a) y d) CE, si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del artículo 20.1.a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 17 de julio, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 136/1994, de 9 de mayo; 297/1994, de 14 de noviembre; 320/1994, de 28 de noviembre; 42/1995, de 18 de marzo; 19/1996, de 12 de febrero, y 232/1998, de 1 de diciembre). 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 2/2001, de 15 de enero, y 185/2003, de 27 de octubre).

Y ese enfoque, a la hora de abordar la conducta del acusado, es el que vamos a seguir en el presente caso.

Por ello, en primer lugar, se debe examinar si las frases proferidas por el acusado, que se recogen en los hechos que se declaran probados, están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión, como se defiende en la sentencia de instancia.

Es cierto que tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala han reiterado el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 39/2005, de 28 de febrero, en la que se declara que cuando las libertades de expresión e información operan como instrumentos de los derechos de participación política debe reconocérsele, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles «especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar». Igualmente se dice en esa STC que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo críticas inofensivas o indiferentes, «sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar» (STC 110/2000; en el mismo sentido, STC 85/1992, de 8 de junio, y SSTEDH, de 7

de diciembre de 1976, caso *Handyside contra Reino Unido*, y de 8 de julio de 1986, caso *Lingens contra Austria*).

En esa misma línea, el propio Tribunal Constitucional, considera –cfr. STC 105/1990, de 12 de noviembre– que las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático, que por lo mismo trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales.

Coincide esta doctrina del Tribunal Constitucional con la que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en Sentencia de 27 de mayo de 2004, caso *Vides Aizsardzibas Klubs contra Letonia*, al interpretar el artículo 10, declara que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada individuo (ver Sentencia *Lingens contra Austria* de 8 de julio de 1986). Con la salvedad del párrafo segundo del artículo 10, no sólo comprende las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, ofenden o inquietan; así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una «sociedad democrática» (Sentencias TEDH *Handyside contra Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, y *Jersild contra Dinamarca* de 23 de septiembre de 1994). Como precisa el artículo 10, el ejercicio de la libertad de expresión está sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones y sanciones que deben no obstante interpretarse estrictamente, debiendo establecerse su necesidad de forma convincente (ver, entre otras, Sentencias *Observer y Guardian contra Reino Unido* de 26 de noviembre de 1991; *Jersild contra Dinamarca*, anteriormente citada; *Janowski contra Polonia*; *Nielsen y Johnsen contra Noruega*).

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente tiene declarado (cfr. Sentencia de 26 de abril de 1991) que la libertad de expresión tiene la jerarquía propia de una garantía esencial de un Estado en el que se reconoce a la libertad y al pluralismo político el carácter de «valores superiores de su ordenamiento jurídico» (art. 1 CE) y que, consecuentemente no puede excluir el derecho a expresar las ideas y convicciones cuando éste aparezca como un interés preponderante sobre el honor, particularmente cuando se trata de la formación de la opinión pública en cuestiones político-estatales, sociales, etc.

Pero no es menos cierto que la propia Constitución, no obstante la trascendencia y el carácter preponderante que se debe atribuir a la libertad de expresión, reconoce –art. 20.4– que no es un derecho ilimitado y absoluto, y que existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto hace expresa referencia al derecho al honor.

Ello igualmente ha sido recogido en Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de esta propia Sala del Tribunal Supremo.

Así, en la STC 39/2005, de 28 de febrero, se dice que el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información «no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución les concede su protección preferente» [STC 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171)].

E igualmente se declara que ello no significa en modo alguno que, «en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18.1 CE garantiza (STC 336/1993, de 15 de noviembre). También en este ámbito es preciso respetar la reputación ajena (art. 10.2 CEDH) (SSTEDH caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986 y caso *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999), y el honor, porque estos derechos «constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar» (SSTC 232/2002, de 9 de diciembre; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero, y 76/2002, de 8 de abril). Sigue diciendo que, en efecto, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, hemos establecido que, si bien «el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1.a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (STC 105/1990, de 6 de junio), no es menos cierto que también hemos mantenido inequívocamente que la Constitución no reconoce en modo alguno (ni en ese ni en ningún otro precepto) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el artículo 20.1.a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero, y 204/2001, de 15 de octubre)».

Asimismo ha declarado que hemos excluido del ámbito de protección de dicha libertad de expresión las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto (SSTC 6/2000, de 17 de enero, y 158/2003, de 15 de septiembre).

Con igual criterio se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2004, de 19 de julio, en la que se expresa que el artículo 20.1.a) CE no tutela un pretendido derecho al insulto, pues la «reputación ajena», en expresión del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986; caso *Barfod*, de 22 de febrero de 1989; caso *Castells*, de 23 de abril de 1992; caso *Thorgeir Thorgeirson*, de 25 de junio de 1992; caso *Schwabe*, de 28 de agosto de 1992; caso *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999), constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 6 de mayo de 2003, caso *Perna contra Italia*, declara que la injerencia en el derecho del demandante a la libertad de expresión podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática con el fin de proteger la reputación ajena, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.

Esta Sala del Tribunal Supremo igualmente se ha pronunciado sobre los límites al derecho a la libertad de expresión y en la Sentencia de 26 de abril de 1991, que apreció la existencia de un delito de injurias a S.M. el Rey, se dice que el derecho a la libertad de expresión no alcanza a justificar intervenciones en el derecho al honor que afectan al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda injerencia de parte de terceros. La singular significación de este ámbito de la personalidad determina que su afectación resulte en todo caso innecesaria, pues siempre será posible verter las opiniones más hirientes sin afectar el aspecto del honor

que coincide íntegramente con el núcleo intangible de la dignidad de la persona. Consecuentemente, cuando la expresión del menosprecio se extiende a este núcleo último y más estrecho de la persona en cuanto tal, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta claramente contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, también innecesario, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no sólo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el artículo 20 CE, sino también, al respeto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el artículo 10.1 CE.

Y en la STS de 14 de febrero de 2001, se dice que es doctrina reiterada la de que el ejercicio de la libertad de expresión –también el derecho a la información– no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997).

Tercero.–Aplicando la doctrina jurisprudencial que se ha dejado mencionada al caso que examinamos, aparece como cuestión esencial determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el artículo 20 CE cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y si se manifiesta o no constitucionalmente legítimo.

Las frases proferidas por el acusado, y que se recogen en los hechos que se declaran probados, constituyen juicios de valor y, por esto mismo, se inscriben en la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, sin que opere el límite interno de veracidad, a diferencia de lo que ocurre con los hechos (cfr. SSTC 107/1988 y 101/1990).

El acusado opina que S.M. el Rey es «el responsable de los torturadores y que ampara la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia» y estas frases, que el propio Tribunal de instancia califica de ofensivas, impropias, injustas y oprobiosas, expresan un evidente menosprecio a S.M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorias para la honorabilidad, por lo que, en este caso, el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente innecesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabridas.

Tan graves, injustificadas y desproporcionadas frases, en modo alguno pueden verse atemperadas por el contexto en el que se dicen pronunciadas –no hay que olvidar, como consta en el folio 225 de las actuaciones, que las denuncias por presuntas torturas fueron archivadas y sobreesidas, al no deducirse de las pruebas practicadas, incluido informe médico, la existencia de indicios de la comisión por parte de la Guardia Civil de torturas, ni que fueran sometidos a prácticas vejatorias ni degradantes–, ni por la afirmación de que estaban dirigidas al Lehendakari y no al Rey, ya que de la lectura de lo que se declara probado se infiere todo lo contrario, ni como reacción a un debate o contienda política que indudablemente no existió con S.M. el Rey.

Por todo lo que se deja expresado, las frases pronunciadas por el acusado en modo alguno están justificadas por el legítimo ejercicio del derecho de libertad de expresión.

Cuarto.—Ante la ausencia del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, procede examinar si, en el presente caso, se dan los elementos de tipicidad y de ilicitud penal del delito previsto en el artículo 490.3 del Código Penal.

El artículo 208 del mismo texto legal define la injuria como la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Es de reiterar lo que se ha dejado mencionado con anterioridad para rechazar el invocado ejercicio de la libertad de expresión. Como antes se dijo, las manifestaciones del acusado expresan un evidente menosprecio a S.M. el Rey y a la institución que encarna en su persona, afectando al núcleo último de su dignidad, en cuanto le está atribuyendo una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho y, por consiguiente, ultrajantes y claramente atentatorias para la honorabilidad.

No plantea, pues, cuestión que dichas manifestaciones reúnen los elementos objetivos para considerarlas gravemente injuriosas y proferidas contra S.M. el Rey con ocasión de encontrarse en el ejercicio de sus funciones.

El elemento subjetivo exigible en los delitos contra el honor, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa sino que habrá que deducirlo del contenido, ocasión y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas. De la lectura del hecho probado se desprende que las frases proferidas contienen expresiones que, por su propio sentido gramatical, son tan claramente ultrajantes e insultantes que el ánimo específico se encuentra ínsito en ellos, poniéndose al descubierto por su simple manifestación. No se puede olvidar que el propio Tribunal de instancia, entre otras calificaciones, las considera ofensivas y oprobiosas.

Así las cosas, concurren cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de injurias graves a S.M. el Rey, previsto y penado en el artículo 490.3 del Código Penal, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 31 de octubre de 2005)