



Roj: **STS 2356/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2356**

Id Cendoj: **28079129912022100015**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **02/06/2022**

Nº de Recurso: **1615/2020**

Nº de Resolución: **547/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP 29/2019,**
AAJP 1/2019,
SAP B 14581/2019,
STS 2356/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal Sentencia núm. 547/2022

Fecha de sentencia: 02/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 1615/2020

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial Fecha de Votación y Fallo: 31/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: OVR Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1615/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 547/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet D^a. Susana Polo García D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 1615/2020, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** y la representación procesal del condenado **D. Cirilo**, contra la sentencia dictada el 21 de octubre de 2019 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala nº 252/19, que estimó parcialmente el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2019 dictada en el procedimiento abreviado nº 7/2018 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 9 de Barcelona, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito contra la integridad moral, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Cirilo representado por la procuradora D^a. Montserrat Gómez Hernández; y defendido por la letrada D^a. Esther Rodríguez Prieto.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, tramitó Diligencias Previas núm. 83/2017 por delito contra la integridad moral, contra D. Cirilo; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 9 de Barcelona, (proc. abreviado nº 7/2018) y dictó Sentencia en fecha 29 de mayo de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: «UNICO.- El acusado Cirilo, nacido en China en fecha NUM000 /1997, con NIE no NUM001, cuya situación legal en España, situación que no consta documentada, mayor de edad y sin antecedentes penales, ha llevado a cabo los siguientes hechos:

Youtube, perteneciente desde el año 2006 a la empresa Google Inc, es una red social que permite de forma gratuita el acceso compartido a vídeos en Internet, habiéndose convertido en el principal canal de comunicación y promoción de vídeos en el mundo, especialmente musicales, video-blogs de todos tipos, programas de televisión, películas de cine o documentales, etc., disponiendo de más de mil millones de usuarios (casi un tercio de todos los usuarios totales de Internet) difundiendo cada día cientos de millones de horas de contenido y generando miles de millones de visualizaciones. El uso de Youtube es gratuito y resulta muy sencillo para el usuario, ya que para poder ver vídeos o enviarlos a otras personas no es necesario registrarse.

El acusado, en fecha 10 de diciembre de 2014 creó su propio canal de Youtube con el nombre de " DIRECCION000 " y se convirtió en un conocido "Youtuber", nombre con el que coloquialmente se designa a personas que comparte vídeos en su canal de la red social y hacen del mismo un medio de vida con la obtención de cuantiosos ingresos derivados de la publicidad que se inserta en el mismo por la empresa que administra la red social y que se calculan en función del número de seguidores y del número de visualizaciones que tienen los contenidos audiovisuales difundidos.

En este sentido el acusado en su canal " DIRECCION000 " disponía el 6 de marzo de 2017, fecha en que fue analizado policialmente, de un total de 82 vídeos públicos, 1.161.989 suscriptores y 124.410.846 visualizaciones de sus contenidos, por tanto con una difusión masiva e indiscriminada de los mismos y convirtiéndose con ello en un "Influencer" nombre con el que se atribuye a jóvenes que con este medio de comunicación tienen la capacidad de movilizar y crear reacciones de todo tipo entre sus seguidores, interactuando con ellos de forma que, en ocasiones, los mismos proponen al "youtuber" la realización de acciones o "retos" que por parte del propio "Youtuber" son ejecutadas y grabadas en un vídeo para su posterior inserción y difusión en su canal de Youtube. En este contexto el acusado en fecha 1 de noviembre de 2016 recibió de uno de sus seguidores, cuya identidad se desconoce y que usaba como nombre de usuario en la red social el de " DIRECCION001 ", la propuesta de llevar a cabo un "reto" consistente en rellenar galletas de la marca Oreo, retirarles la capa de crema que tienen en su interior sustituirla por pasta de limpieza dental y entregarlas a personas en la vía pública. Esta propuesta aparecía publicada en el canal con la siguiente leyenda: DIRECCION001 reto a que compres galletas oreos y le quites la cremita y luego " le echas pasta dental :U y se la das a alguien en la CALLE000 1 nov. A las 20.34 Me gusta 2 responder

El acusado aceptó el reto propuesto y, para captar de forma más efectiva la atención morbosa de sus seguidores con el correlativo y apetitoso incremento de ingresos que ello le comportaría, decidió focalizarlo en las personas sin hogar, aprovechándose además para su ejecución de la gran vulnerabilidad derivada de su extrema pobreza y exclusión social, elaborando un vídeo denominado " DIRECCION002 " que insertó y difundió en el mes de enero de 2017 en su canal de Youtube " DIRECCION000 " y en el que aparece el propio acusado afirmando: "Me parece interesante este reto, así que vamos a hacerlo y quiero hacer otro reto más dentro de este reto y es regalar dinero a gente que lo necesita y lo que quiero decir es que voy a darle 20 pavos a una persona de la calle necesitada y también los oreos con pasta dental vamos a ver cómo me sale esto".

A continuación se observa en el vídeo como extrae de una galleta de la marca Oreo, la crema de nata de su interior con un tenedor y la rellena con pasta dentífrica, realizando esta operación al menos con cinco unidades que introduce en su envoltorio, dirigiéndose a la vía pública, localizando a una persona sin hogar que se encontraba en ese momento sentado en el suelo pidiendo limosna, persona que posteriormente fue identificada como Silvio , de nacionalidad rumana y entabló con el mismo conversación con el siguiente contenido:

DIRECCION000 : Hola Señor Indigente: Hola DIRECCION000 : Necesitas ayuda? Indigente: Si DIRECCION000 : Cuando le han dado lo máximo una persona, cuanto le ha dado lo máximo? Indigente: No se DIRECCION000 : No lo sabes? Bueno, te doy esto

Inmediatamente después, el acusado le entrega un billete de 20 euros, le pregunta si tiene hambre, y al contestar afirmativamente, le hace entrega esta vez el paquete conteniendo las cinco galletas rellenas de pasta dental anteriormente descritas.

Acto seguido el acusado aparece en, el vídeo en primer plano y con el ánimo de ridiculizar y vejar a dicha persona, y en general a todas las personas que se encuentran en situación de extrema pobreza, se dirigió a sus cientos de miles de seguidores diciéndoles textualmente:

"La verdad es que se siente bien no cuando ayudas a una persona? Obviamente la parte del oreo con pasta dental, a lo mejor me habré pasado un poco, pero mira el lado positivo, esto le ayudará a limpiarse los dientes que creo que no se limpiará los dientes en un par de días o desde que se volvió pobre".

La víctima, Silvio ., llegó a ingerir las galletas recibidas y como consecuencia de ello tuvo vómitos y molestias digestivas sin llegar a precisar asistencia facultativa. Además, el Sr. Silvio . a raíz de esta acción del acusado, se sintió triste, preocupado y con temor.

El acusado al día siguiente volvió a entablar contacto con la víctima, realizando nuevos vídeos en los que hace sorna de lo sucedido, preguntándole cómo le sentaron las galletas que le proporcionó, para acto seguido difundirlo en su canal de Youtube intentando ofrecer motivos que justifiquen lo sucedido con el siguiente mensaje: YO CREO QUE NO ENTENDIO MUCHO LO QUE LE DIJO O SI... NO LO SE AL FINAL LE DI OTRO BILLETE COMO COMPENSACIÓN POR LA PEQUEÑA BROMA

En resumen la gente exagera por bromas ya sea retos con mis gatos que lo malinterpretan con maltrato animal o bromas en la calle a un vagabundo, que seguro que si se lo hago a una persona normal no dirán nada, pero como es un Vagabundo pues se quejan (solo puse 2 con crema dental de todos los que había) creo que hasta le ayude a limpiarse los dientes

La difusión de estos vídeos 'tuvo una gran repercusión en las redes sociales y en medios de comunicación social (prensa escrita, digital, televisión, radio etc... ..) con quejas de los propios usuarios de Youtube y del público en general, motivo por el cual el acusado, con el fin de restablecer su imagen deteriorada con la consiguiente pérdida de ingresos económicos, y preocupado por las posibles consecuencias legales que pudieran tener estos hechos, borró el citado vídeo y en la mañana del día 24 de enero de 2017 se dirigió en compañía de otra persona, portando dos mochilas con sacos de dormir, mantas y una cámara, a la calle XXX de Barcelona, lugar donde se encontraba Silvio , ofreciéndole 300 euros para que no presentara denuncia por lo sucedido y proponiéndole pasar una noche con él, grabando con la cámara la experiencia con fin de confeccionar un nuevo vídeo dirigido a sus seguidores, mostrando esta vez una cara más amable ante los mismos y de esta forma tratar de congraciarse con la opinión pública. Siendo interceptado sobre las 15.40 horas por la Guardia Urbana de Barcelona.

No fue esta la única vez en que el acusado ejecutaba acciones de naturaleza vejatoria contra personas indefensas y vulnerables, así fueron localizados otros vídeos de fecha 14 de septiembre de 2016 en los que se puede observar, efectivamente, como en al menos dos ocasiones, el acusado rellena un bocadillo de pan con lo que parecen ser que eran excrementos de su gatos, extremo que no ha podido ser confirmado, saliendo a la vía pública y ofreciéndolo en una ocasión a una persona de avanzada edad, que lo rechaza, tirándoselo entonces encima, y otra ocasión en la que se acerca a un infante menor de edad para repetir el ofrecimiento,

siendo nuevamente rechazado, en otro lanzando un zapato a un anciano. Estas víctimas no han podido ser identificadas. El acusado por la difusión de estos vídeos en su canal de Youtube ha percibido de la empresa Google Inc al menos las siguientes cantidades:

Enero de 2017: 798,29 euros

Febrero de 2017: 1.129,30 euros

Marzo de 2017: 253,92 euros.» (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: «Que debo condenar y condeno a Cirilo como autor de un delito contra la integridad moral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de QUINCE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo.

Se le impone la prohibición de acudir al lugar del delito, esto es, la Red Social de Youtube por cinco años, lo que implica el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante este tiempo.

Indemnizará a Silvio en 20.000 euros por los daños morales producidos. Esta suma devengará el interés del artículo 576 de la LEC

Asimismo se le condena al pago de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.» (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Cirilo, oponiéndose al mismo el Ministerio Fiscal, dictándose sentencia por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 21 de octubre de 2019, en el rollo de apelación núm. 252/2019, cuyo Fallo es el siguiente: «ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Cirilo contra la Sentencia de fecha 29 de mayo de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Barcelona en sus autos de Procedimiento Abreviado arriba referenciado, y la REVOCAMOS PARCIALMENTE suprimiendo la pena impuesta a Cirilo consistente en la prohibición de acudir a la Red Social de Youtube por cinco años aquella Sentencia, y mantenemos el resto de pronunciamientos.

Declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de ley (art. 847.1.b) LECrim), que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 855 y 856 LECrim, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.» (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, por escritos de fecha 27 de marzo y 5 de octubre de 2020 se prepararon respectivamente recursos de casación por el Ministerio Fiscal y la representación de D. Cirilo que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y la representación legal del condenado recurrente formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

Recurso del Ministerio Fiscal

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECRIM, por indebida inaplicación de los arts. 48.1 y 57.1 del CP.

Recurso de D. Cirilo

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM, por infracción del art. 173.1 del C.P.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 23 de noviembre de 2020, solicitó la inadmisión del recurso presentado por la representación de D. Cirilo; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- De conformidad con el art. 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 31 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 243/2019, 29 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona, condenó al acusado Cirilo como autor de un delito contra la integridad moral, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 15 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo. Le impuso también la prohibición de acudir al lugar del

delito, esto es, la red social de Youtube por 5 años, lo que implica el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante este tiempo.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia dictada con fecha 21 de octubre de 2019, estimó parcialmente el recurso de apelación promovido contra la dictada en la instancia y suprimió la pena impuesta, referida a la prohibición de acceso a la red social Youtube durante 5 años.

Se interpone ahora recurso de casación por el condenado y por el Ministerio Fiscal. Nuestro análisis se inicia con el examen de las alegaciones de la defensa del primero.

2.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim se formaliza un único motivo que sostiene que « *el autor de los hechos presuntamente delictivos no tiene*

animus injuriandi de la presunta víctima Silvio . y todo debe verse motivado por el animus iocandi o ánimo de broma, "con intención jocosa", porque suponen la utilización de expresiones que aparentan ser lesivas del honor de las personas, pero que han sido dichas o hechas en tono sarcástico e humorístico" (sic). Sigue el razonamiento con la afirmación de que "... es cierto que puede ser mas o menos afortunadas o reprobables por cualquier persona pero deben ser interpretada en el ámbito de del humor, quizá de no buen gusto pero nunca con el ánimo de inferir más sufrimiento a una persona en desamparo" (sic)».

2.1.- El motivo es inviable. De entrada, porque no se ajusta a las exigencias impuestas por el art. 847.1.b) de la LECrim, que sólo admite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales cuando se hace valer por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Como es sabido, el error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo impone como presupuesto metodológico la aceptación del *factum* como punto de partida para cualquier razonamiento.

Y es que, a raíz de la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim en supuestos como el presente.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido «... cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción» (SSTs 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En esta línea se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que «... una cosa es que se admita, siguiendo los dictados

del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria».

Esta interpretación restrictiva, acorde con el significado histórico del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 de la LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.

Por consiguiente, se impone un previo filtrado de las alegaciones de la defensa para constatar que el recurso promovido acepta la premisa impuesta por el art. 847 de la LECrim, que sólo habilita en estos casos la angosta vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Y no vale, desde luego, sortear este freno, impuesto por razones ligadas a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y a la necesidad de facilitar la labor nomofiláctica de esta Sala, mediante el artificial acomodo de alegaciones vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental, bajo un enunciado que anticipa estratégicamente que el desacuerdo se limita al juicio de tipicidad.

2.2.- Pues bien, en el presente caso la defensa se aparta de forma ostensible de este requerimiento.

De un lado, porque pretende que la Sala sustituya la proclamación fáctica que hace la sentencia recurrida «... *el acusado aceptó el reto propuesto y, para captar de forma más efectiva la atención morbosa de sus seguidores con el correlativo y apetitoso incremento de ingresos que ello le comportaría, decidió focalizarlo en las personas sin hogar, aprovechándose además para su ejecución de la gran vulnerabilidad derivada de su extrema pobreza y exclusión social. (...) Y con el ánimo de ridiculizar y vejear a dicha persona, y en general a todas las personas que se encuentran en situación de extrema pobreza...*». La defensa no está de acuerdo con esos pasajes del hecho probado y busca neutralizarlos con una alegación referida a la voluntad jocosa que animó la acción. Se olvida,

sin embargo, que la intención que anima una acción delictiva tiene también un soporte fáctico que por la vía del art. 849.1º es inalterable. Tampoco puede invocarse el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE para sostener que la inferencia mediante la que se concluye una determinada voluntad es contraria al canon de razonabilidad. La angosta vía casacional que respalda el art. 847.1.b) no permite replantear el debate sobre vulneración de derechos fundamentales.

Tampoco puede ser acogida la línea argumental que reivindica la defensa cuando razona que el ánimo jocos o la voluntad de hacer una broma excluiría la tipicidad de los hechos. Sólo en la difícil búsqueda defensiva de argumentos exoneratorios puede entenderse un razonamiento en tal sentido. No existe, desde luego, el derecho a bromear como causa de justificación. Nadie -muchísimo menos quien se encuentra en una situación de exclusión social por su extrema pobreza o marginalidad- está expuesto a recurrentes ataques a su dignidad que quedarían extramuros del derecho penal siempre que se ejecutaran para provocar la risa. La inalienable dignidad personal y el ánimo jocos o no pueden nunca entrar en un extravagante juicio de balanceo con el fin de concluir cuál de ellos prevalece.

Aun reconociendo las dificultades que encierra la fijación del concepto de integridad moral, la jurisprudencia se ha pronunciado en diversas ocasiones, en relación con el art. 173.1 del Código Penal (cfr. SSTs 20/2011, 27 de enero y las allí citadas), señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS 1122/1998, 29 de septiembre, *«aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral»*. (STS 1061/2009, 26 de octubre).

En su virtud, el motivo ha de desestimarse (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

3.- El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación con amparo en el art. 849.1 de la LECrim.

Razona el Fiscal que la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, sin alterar el relato de hechos probados, mantiene la condena de Cirilo como autor de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 del CP a la pena de 15 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y abono de responsabilidad civil. Ahora bien, ha dejado sin efecto la pena acordada en la sentencia del Juzgado de lo Penal consistente en la prohibición de acudir al lugar del delito, esto es a la red social Youtube, por cinco años. La sentencia descarta la aplicación de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito por dos razones: los hechos no tuvieron lugar en la red social Youtube sino en la vía pública y dicha pena no está prevista en el art. 48 en relación con el art 57 CP.

En el desarrollo del motivo -expuesto con brillante precisión conceptual- sostiene el Fiscal que el tramo de los hechos que acaecieron en la vía pública *«...no fue otra cosa que un acto más del iter de la ejecución del delito iniciado en Youtube y que continuó posteriormente, respondiendo a sus planes iniciales, con la inserción del vídeo en el canal personal del acusado en la red social Youtube, donde se desarrollaron los actos nucleares del delito contra la integridad moral, al someter a la víctima a humillación y vejación de forma masiva e indiscriminada ante millones de internautas al difundir el contenido de la grabación hecha en la vía pública»*.

Tiene razón el Fiscal y el motivo ha de ser estimado.

3.1.- El factum no refleja una secuencia fáctica susceptible de ser reducida en su ejecución al lugar de la vía pública en el que se desarrolló sólo parte de los hechos imputados. En efecto, el relato fáctico describe algo más que una acción concebida y ejecutada en el sitio en el que Silvio ingirió la galleta en la que el acusado había sustituido su relleno natural por pasta de dientes. Ese hecho, grabado en vídeo por Cirilo, es sólo el fragmento de una conducta delictiva que se inicia con el desafío aceptado por el acusado como youtuber y que culmina con su difusión incontrolada en la red.

Para llegar a esta conclusión basta con una lectura de los hechos probados en los que se describe cómo percibió el acusado la idea de mofarse de la persona a la que eligió como protagonista de su grabación, aun a costa de pisotear su dignidad: *«... El acusado (...) en fecha 10 de diciembre de 2014 creó su propio canal de Youtube con el nombre de " DIRECCION000 " y se convirtió en un conocido "Youtuber", nombre con el que coloquialmente se designa a personas que comparten vídeos en su canal de la red social y hacen del mismo un medio de vida con la obtención de cuantiosos ingresos derivados de la publicidad que se inserta en el mismo por la empresa que administra la red social y que se calculan en función del número de seguidores y del número de visualizaciones que tienen los contenidos audiovisuales difundidos. [...] En este sentido el acusado en su canal " DIRECCION000 " disponía el 6 de marzo de 2017, fecha en que fue analizado policialmente, de un total de 82 vídeos públicos, 1.161.989 suscriptores y 124.410.846 visualizaciones de sus contenidos, por tanto con una difusión masiva e indiscriminada de los mismos y convirtiéndose con ello en un "Influencer" nombre con el que se atribuye a jóvenes que con este medio de comunicación tienen la capacidad de movilizar y crear reacciones*

de todo tipo entre sus seguidores, interactuando con ellos de forma que, en ocasiones, los mismos proponen al "youtuber" la realización de acciones o "retos" que por parte del propio "youtuber" son ejecutadas y grabadas en un vídeo para su posterior inserción y difusión en su canal de Youtube.

En este contexto el acusado en fecha 1 de noviembre de 2016 recibió de uno de sus seguidores, cuya identidad se desconoce y que usaba como nombre de usuario en la red social el de " DIRECCION001 ", la propuesta de llevar a cabo un "reto" consistente en rellenar galletas de la marca Oreo, retirarles la capa de crema que tienen en su interior sustituirla por pasta de limpieza dental y entregarlas a personas en la vía pública».

Como primera idea, pues, el reto aceptado por el acusado surge a partir de un mecanismo inductivo, no lo suficientemente perfilado, que se genera en la red y que, si bien no escoge a una persona sin hogar como destinataria, se enriquece con la aportación del propio acusado, que comparte con sus seguidores el añadido de que sea un vagabundo el llamado a sufrir la acción denigratoria: «El acusado aceptó el reto propuesto y, para captar de forma más efectiva la atención morbosa de sus seguidores con el correlativo y apetitoso incremento de ingresos que ello le comportaría, decidió focalizarlo en las personas sin hogar, aprovechándose además para su ejecución de la gran vulnerabilidad derivada de su extrema pobreza y exclusión social, elaborando un vídeo denominado " DIRECCION002 "

que insertó y difundió en el mes de enero de 2017 en su canal de Youtube " DIRECCION000 " y en el que aparece el propio acusado afirmando: "Me parece interesante este reto, así que vamos a hacerlo y quiero hacer otro reto más dentro de este reto y es regalar dinero a gente que lo necesita y lo que quiero decir es que voy a darle 20 pavos a una persona de la calle necesitada y también los oreos con pasta dental vamos a ver cómo me sale esto» .

En cumplimiento de ese desafío sugerido por uno de sus suscriptores, «... el acusado aceptó el reto propuesto y, para captar de forma más efectiva la atención morbosa de sus seguidores con el correlativo y apetitoso incremento de ingresos que ello le comportaría, decidió focalizarlo en las personas sin hogar, aprovechándose además para su ejecución de la gran vulnerabilidad derivada de su extrema pobreza y exclusión social, elaborando un vídeo denominado " DIRECCION002 " que insertó y difundió en el mes de enero de 2017 en su canal de Youtube " DIRECCION000 " y en el que aparece el propio acusado afirmando: "Me parece interesante este reto, así que vamos a hacerlo y quiero hacer otro reto más dentro de este reto y es regalar dinero a gente que lo necesita y lo que quiero decir es que voy a darle 20 pavos a una persona de la calle necesitada y también los oreos con pasta dental vamos a ver cómo me sale esto».

A continuación se observa en el vídeo cómo extrae de una galleta de la marca Oreo, la crema de nata de su interior con un tenedor y la rellena con pasta dentífrica, realizando esta operación al menos con cinco unidades que introduce en su envoltorio, dirigiéndose a la vía pública, localizando a una persona sin hogar que se encontraba en ese momento sentado en el suelo pidiendo limosna, persona que posteriormente fue identificada como Silvio , de nacionalidad rumana y entabló con el mismo conversación con el siguiente contenido:

DIRECCION000 : Hola Señor

Indigente: Hola DIRECCION000 : Necesitas ayuda? Indigente: Si DIRECCION000 : Cuando le han dado lo máximo una persona, cuanto le ha dado lo máximo? Indigente: No se DIRECCION000 : No lo sabes? Bueno, te doy esto

Inmediatamente después, el acusado le entrega un billete de 20 euros, le pregunta si tiene hambre, y al contestar afirmativamente, le hace entrega esta vez el paquete conteniendo las cinco galletas rellenas de pasta dental anteriormente descritas.

Acto seguido el acusado aparece en, el vídeo en primer plano y con el ánimo de ridiculizar y vejear a dicha persona, y en general a todas las personas que se encuentran en situación de extrema pobreza, se dirigió a sus cientos de miles de seguidores diciéndoles textualmente:

"La verdad es que se siente bien no cuando ayudas a una persona? Obviamente la parte del oreo con pasta dental, a lo mejor me habré pasado un poco, pero mira el lado positivo, esto le ayudará a limpiarse los dientes que creo que no se limpiará los dientes en un par de días o desde que se volvió pobre".

La víctima, Silvio ., llegó a ingerir las galletas recibidas y como consecuencia de ello tuvo vómitos y molestias digestivas sin llegar a precisar asistencia facultativa. Además, el Sr. Silvio . a raíz de esta acción del acusado, se sintió triste, preocupado y con temor».

Es cierto que en ese momento en el que la víctima ingiere las galletas recibidas, el acusado ha culminado el desafío que había aceptado por encargo de uno de sus seguidores. Pero el menoscabo de la dignidad personal de quien fue grabado mientras deglutía pasta de dientes no se limitó a esa secuencia. De hecho, la mayor reprochabilidad de la acción del acusado hay que asociarla a la divulgación en redes de esa secuencia. Es aquí donde se produce la erosión más grave de la dignidad personal de quien malvive de la caridad ajena. El deterioro

de la dignidad de Silvio se hace entonces irreversible. Cuando el acusado abandona lo que la sentencia recurrida interpreta como el «lugar del hecho», la vulneración del bien jurídico protegido por el art. 173 del CP no ha hecho sino empezar. Y en ese ataque a la dignidad de la víctima, el lugar en el que Cirilo entra en contacto con Silvio sólo aporta una referencia locativa que luego se sustituye por un espacio virtual en el que la lesión de la dignidad se hace todavía mucho más hiriente. Lo que inicialmente sólo había presenciado el acusado que grababa la secuencia se transforma en un mensaje de vídeo que se somete a las risotadas -y a los comentarios hirientes- de cualquier internauta. La dignidad de Silvio fue pisoteada por el acusado en el lugar en el que aquél se refugiaba de la noche pero, sobre todo, fue menoscabada cuando esas imágenes se incorporaron a las zigzagueantes rutas telemáticas que definen el funcionamiento de Internet. El delito, pues, no se cometió sólo en una calle de Barcelona. Fue inducido y preparado en el marco de una aplicación de Internet, inició su efecto destructivo de la dignidad personal en el portal de esa calle e intensificó su antijuridicidad mediante la divulgación en la red Youtube de las imágenes de un vagabundo pretendiendo saciar su hambre con las galletas entregadas en lo que interpretó como un gesto de caridad ajena.

Para llegar a esa conclusión acerca de la divulgación indiscriminada de las imágenes denigrantes y a la persistente antijuridicidad del ataque a la dignidad de Silvio que se estaba consumando, basta detenernos en la riqueza descriptiva del relato de hechos probados. En él puede leerse lo siguiente: «... el acusado al día siguiente volvió a entablar contacto con la víctima, realizando nuevos vídeos en los que hace sorna de lo sucedido, preguntándole cómo le sentaron las galletas que le proporcionó, para acto seguido difundirlo en su canal de Youtube intentando ofrecer motivos que justifiquen lo sucedido con el siguiente mensaje: "yo creo que no entendió mucho lo que le dije o si... no lo sé al final le di otro billete como compensación por la pequeña broma».

Siguiendo con su ofensivo razonamiento, añadió: «... en resumen la gente exagera por bromas ya sea retos con mis gatos que lo malinterpretan con maltrato animal o bromas en la calle a un vagabundo, que seguro que si se lo hago a una persona normal no dirán nada, pero como es un vagabundo pues se quejan (solo puse 2 con crema dental de todos los que había) creo que hasta le ayudé a limpiarse los dientes»

Concluye el hecho probado que "... la difusión de estos vídeos tuvo una gran repercusión en las redes sociales y en medios de comunicación social (prensa escrita, digital, televisión, radio etc...) con quejas de los propios usuarios de Youtube y del público en general, motivo por el cual el acusado, con el fin de restablecer su imagen deteriorada con la consiguiente pérdida de ingresos económicos, y preocupado por las posibles consecuencias legales que pudieran tener estos hechos, borró el citado vídeo y en la mañana del día 24 de enero de 2017 se dirigió en compañía de otra persona, portando dos mochilas con sacos de dormir, mantas y una cámara, a la CALLE001 nº NUM002 de Barcelona, lugar donde se encontraba Silvio, ofreciéndole 300 euros para que no presentara denuncia por lo sucedido y proponiéndole pasar una noche con él, grabando con la cámara la experiencia con fin de confeccionar un nuevo vídeo dirigido a sus seguidores, mostrando esta vez una cara más amable ante los mismos y de esta forma tratar de congraciarse con la opinión pública. Siendo interceptado sobre las 15.40 horas por la Guardia Urbana de Barcelona".

Por consiguiente, el delito no circunscribió su ejecución a la referencia locativa que ofrecía la calle XX de Barcelona. El verdadero escenario del ataque a la dignidad de Silvio fue un escenario virtual, telemático, que proyectó sus efectos más allá del lugar en el que malvivía la víctima y en el que intentaba obtener las limosnas que le permitieran la supervivencia.

3.2.- La anulación por la Audiencia Provincial de la pena impuesta por el Juzgado de lo Penal -prohibición al acusado de acudir al lugar del delito, esto es, la red social de Youtube por 5 años, lo que implica el cierre por este tiempo de su canal, no pudiendo crear otros durante este tiempo- se justifica en la sentencia recurrida con el argumento de que el art. 48.1 del CP no ampara la pena impuesta. Esa pena, si bien se mira, no recoge una pena distinta de la prohibición de residencia o aproximación a un lugar concreto y este precepto -razona la Audiencia Provincial- no puede interpretarse extensiva ni analógicamente en contra del reo para sustentar la prohibición de la acceder a la red social Youtube.

En su recurso contra la anulación de esa pena el Fiscal hace valer la idea de que la exclusión de la pena accesoria pretendida sólo puede responder a la consideración de que la privación del derecho a acudir a determinados lugares en que se haya cometido el delito, plasmada en el artículo 48.1 únicamente comprende lugares físicos, no espacios digitales o virtuales.

La cuestión, por tanto, se debe reconducir a si puede tener la consideración de «lugar de comisión del delito», a los efectos del artículo 48 del CP, no sólo los lugares o espacios físicos sino también los espacios virtuales de encuentro y comunicación que se crean en Internet.

El Fiscal descarta esa interpretación extensiva a partir de una interpretación gramatical que la Sala tiene que hacer necesariamente suya.

En efecto, partiendo de la definición ofrecida por la Real Academia de la Lengua para el término « *lugar* », la primera acepción que se recoge es la de « *espacio ocupado o que puede ser ocupado por un cuerpo cualquiera* ». Dado que la propia Academia define « *cuerpo* » como « *aquello que tiene extensión limitada perceptible por los sentidos* », habrá que concluir indefectiblemente que como lugar cabría entender cualquier espacio susceptible de ser ocupado por algo de extensión limitada y perceptible con los sentidos. Así pues, un espacio de reunión como puede ser un foro, chat o red social puede tener cabida en la primera de las acepciones gramaticales del vocablo « *lugar* », en tanto que la participación de individuos y la aportación de sus contenidos ocupa el espacio limitado de que tal foro o red dispone, limitando a su vez la disponibilidad del mismo para que pueda ser ocupado por otros individuos y sus respectivos contenidos, de tal manera que el compendio de la participación de cada uno de los sujetos constituye el « *cuerpo* » perceptible evidentemente por todos los demás que participan en el mismo espacio, cumplimentando con ello la definición académica.

Esta primera aproximación al significado gramatical de lo que por *lugar del delito* debe entenderse, ve reforzado su valor interpretativo por lo dispuesto por el art. 214 del CP que, al regular los efectos de la retractación del acusado en los delitos de injuria y calumnia, se refiere a « *espacios* » de difusión, no a espacios geográficos excluyentes.

Tiene también razón el Fiscal cuando apunta que, en términos estrictamente gramaticales, aun acudiendo a la segunda acepción del vocablo « *lugar* », sigue sin existir esa vinculación geográfica que ha llevado a la Audiencia a anular la pena impuesta. Conforme a esta segunda acepción se define el « *lugar* » como « *sitio o paraje* ». Nótese que el vocablo « *sitio* » es de uso generalizado para referirse a ubicaciones de contenidos en Internet. Por si fuera poco, la propia definición de la RAE de la voz « *sitio* » vuelve a remitir a lo antes dicho, esto es, « *espacio que es ocupado o puede serlo por algo* »,

añadiendo en su segunda acepción « *lugar o terreno determinado que es a propósito para algo* ».

No es hasta la tercera y cuarta acepción de « *lugar* » cuando nos encontramos con la necesidad de vincular material y geográficamente el concepto, en tanto se nos define como « *ciudad, villa o aldea* » « *población pequeña, menor que villa y mayor que aldea* », definiciones de carácter tan limitado que no pueden tener cabida como referente en el concepto jurídico del lugar que emplea el artículo 48. 1 CP puesto que, conforme a ellos no podría entenderse como « *lugar* », por ejemplo, cualquier extensión territorial de ámbito mayor al de una ciudad.

En definitiva, descartadas por su restrictivo significado estas dos últimas definiciones, debemos concluir que la interpretación del « *lugar* » que delimita un espacio de ejecución no la ofrecen las dos primeras acepciones académicas, las cuales, con arreglo a lo expuesto, no excluyen espacios o ubicaciones sin vinculación territorial o geográfica en tanto sean susceptibles de ser ocupados por contenidos de extensión limitada.

3.3.- La Sala no puede identificarse con una concepción histórica del *lugar de ejecución del delito* que sólo entiende por tal un espacio físico, geográfico y perfectamente perceptible por los sentidos. El delito en su forma más convencional convive ahora con nuevas formas de ciberdelincuencia en las que su ejecución se desarrolla enteramente en redes telemáticas que, por definición, no son inmovilizables en un espacio físico perfectamente definible.

El ciberespacio ofrece un marco digital diferenciado de la realidad puramente física como espacio del delito. La experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de sólo algunos de los elementos del tipo.

Esta idea aparece recogida en algunas de los textos legislativos que han tenido que hacer frente a este fenómeno que aspira a desbordar los esquemas analíticos más convencionales. Es el caso, por ejemplo, de la reforma de la LECrim operada por la LO 13/2015 de 5 de octubre. En su art. 588 *ter*, al regular los presupuestos que han de concurrir para la autorización judicial de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se refiere a « *los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicios de comunicación* ».

También hemos aludido en la STS 4/2017, 18 de enero -citada por el Fiscal- a la necesidad de tener en cuenta que « *... la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este*

dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal».

En definitiva, la Sala no detecta una interpretación *contra reo* del art. 48 del CP cuando la primera sentencia de instancia considera que un delito como el reflejado en el relato de hechos probados puede entenderse cometido en *Internet* y es susceptible de generar la prohibición de volver a acceder a la red social en la que ese delito se ideó, se desarrolló y se divulgó.

3.4.- Con el fin de respaldar la viabilidad de su recurso y excluir cualquier atisbo de quiebra del principio de proporcionalidad en la respuesta inicial del Juzgado de lo penal, el Fiscal recuerda -con razón- que la finalidad de las penas accesorias a que se refiere el art. 48 del CP no responde a una pretensión del legislador de incrementar la gravosidad de la situación del condenado ni menos aún su control social o inocuización. Al contrario, y como es manifiesto de la propia lectura del precepto y de su exacta ubicación sistemática -junto con las privaciones del derecho a residir o acudir al lugar en que resida la víctima o su familia (art. 48.1 CP) y las prohibiciones de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas (art. 48.2 y 48.3 CP)- la finalidad de la privación es la de proteger a las víctimas directas del delito de la victimización secundaria derivada del posible encuentro con el autor del delito y, fundamentalmente, excluir el riesgo de que se puedan llegar a verificar nuevas lesiones en los bienes jurídicos protegidos de éstas o de terceros. Siendo ésta la finalidad atribuida por el legislador a la privación del derecho a acudir a determinados lugares, la consideración de que tales lugares dan cabida a los espacios virtuales en que el delito haya sido cometido en modo alguno implica separarse de la finalidad prevista: tal privación impide la reiteración de la conducta lesiva para el bien jurídico en cada caso protegido, ya sean bienes jurídicos personalísimos -como puede suceder en los delitos contra el honor, la intimidad o la integridad moral cometidos en redes, foros o páginas de Internet- o bienes jurídicos colectivos como puede suceder en los delitos de terrorismo en relación al adoctrinamiento o captación, enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o delitos relacionados con la distribución de pornografía infantil-.

En el caso presente, además, la privación de derechos se ha impuesto de forma limitada y ceñida al lugar de comisión del delito, esto es, la red, foro o plataforma concreta en la que se habría producido la distribución del material. Hablamos de la red social *Youtube*. La limitación a su acceso no supone una afectación desproporcionada a las facultades del individuo, como podría resultar de la imposición general de una pena que consista en la prohibición de acceso a internet, bien de forma genérica o bien en forma de prohibición de contratar con empresas proveedoras de acceso a internet.

Esta obligada referencia al principio de proporcionalidad permite a la Sala dejar constancia de que la prohibición de acudir al lugar del delito, impuesta al amparo del art. 48 del CP, representa una de las distintas posibilidades que ofrece nuestro sistema para excluir el riesgo de nuevas ofensas, en el presente caso, a la dignidad de terceros. Pero no es, desde luego, la única. Podría incluso decirse que existen fórmulas alternativas que aliviarían el esfuerzo de interpretación desplegado por el Fiscal en su recurso para demostrar que el lugar del delito no tiene que identificarse con un espacio necesariamente ubicable en una realidad física. De hecho, entre las penas accesorias que autoriza el art. 56 del CP, se prevé la posibilidad de imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión y oficio, facultando al Tribunal a «... restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio» (art. 45 CP). Se da la circunstancia de que el relato de hechos probados proclama que Cirilo «... se convirtió en un conocido "Youtuber", nombre con el que coloquialmente se designa a personas que comparten vídeos en su canal de la red social y hacen del mismo un medio de vida con la obtención de cuantiosos ingresos derivados de la publicidad que se inserta en el mismo por la empresa que administra la red social y que se calculan en función del número de seguidores y del número de visualizaciones que tienen los contenidos audiovisuales difundidos».

Tampoco es descartable, una vez verificado el oportuno juicio de proporcionalidad, considerar que el canal de *Youtube*, mediante el que se hacía posible la difusión de las lacerantes imágenes captadas por el acusado, pueda ser considerado como un instrumento del delito y, por tanto, sometido al decomiso previsto en el art. 127.1 del CP.

Sea como fuere, la singular naturaleza del recurso de casación y exigencias ligadas al principio acusatorio y el derecho de defensa obligan a esta Sala a limitar su capacidad de conocimiento y valoración a los términos en que fue dictada la sentencia en la instancia y que, como es obvio, ha condicionado los términos en los que este recurso ha sido formalizado y resuelto.

Procede la estimación del motivo con la consecuencia que expresamos en nuestra segunda sentencia, que no es otra que la imposición de la pena fijada por el Juzgado de lo penal en la instancia, luego anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.



4.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la condena en costas al recurrente Cirilo al haber sido desestimado su recurso y la declaración de oficio de las costas procesales respecto del recurso promovido por el Ministerio Fiscal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 21 de octubre de 2019, que resolvió el recurso de apelación contra la sentencia núm. 243/2019, 29 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 9 de Barcelona, que condenó al acusado D. Cirilo como autor de un delito contra la integridad moral.

Declaramos de oficio de las costas procesales generadas por el recurso del Fiscal y condenamos a Cirilo a las costas de su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García D. Andrés Palomo Del Arco D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde D. Vicente Magro Servet D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura D. Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 1615/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1615/2020, contra sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 21 de octubre de 2019, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del motivo único entablado por el Ministerio Fiscal, declarando que la imposición, conforme al art. 48 del CP, de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito, esto es, la red social de *Youtube* por 5 años, lo que implica el cierre por este tiempo del canal creado por Cirilo, con la consiguiente prohibición de crear otros durante este tiempo, no implica una interpretación extensiva de las penas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Se añade en el fallo de la sentencia recurrida la imposición a **D. Cirilo** de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito, que en el presente caso, se traduce en la prohibición de acceder a la red social de *Youtube* por 5 años, lo que implica el cierre por este tiempo del canal creado por el acusado, con la consiguiente prohibición de crear otros durante este tiempo.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García D. Andrés Palomo Del Arco Dª. Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde D. Vicente Magro Servet Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura D. Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y D. JAVIER HERNÁNDEZ GARCÍA A LA SENTENCIA DE PLENO Nº 547/2022.

I.- Nos sentimos obligados a publicitar las razones por las que votamos en contra de la propuesta del ponente que, respaldada por una amplísima mayoría, se ha convertido en sentencia del Pleno de esta Sala. Nuestra opinión es tan minoritaria que atrae una lógica presunción de error. Confiamos en que sea tratada como presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Estas consideraciones persiguen ese objetivo. Quizás

no lo logremos. Lo que es seguro es que a favor de la sentencia de pleno militaré, una vez firme, una presunción ya *iuris et de iure* -proseguimos con la imagen: alcanza el rango de doctrina del Tribunal supremo que acatamos sin reservas.

La solución aceptada por la Sala, a nuestro juicio, roza, con grave riesgo de traspasarla, una frontera peligrosa: la línea roja que marca el principio de legalidad de las penas. La discrepancia versa, en efecto, sobre el alcance que se otorga a la pena accesoria impuesta.

Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos: así define el Código la pena que se maneja. Su contenido efectivo, en lo que ahora nos interesa, queda concretado en el art. 48: tal penalidad impide al condenado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito.

La duración, cuando se impone como accesoria, se establece en el art. 57. Los cinco o diez años, se pueden convertir en muchos más (hasta veinte y treinta), cuando va adosada a una pena privativa de libertad. Tal

previsión es lógica cuando el confinamiento en prisión supone que la prohibición de acudir a un lugar se convierte en un *brindis al sol* (*albarda* sobre *albarda*). Seguramente pierde esa coherencia cuando, como hace la sentencia mayoritaria, se extiende su contenido incluyendo en su ámbito la imposibilidad de acudir a "lugares" virtuales.

Esto no deja de ser un argumento marginal, aunque sirve para poner de manifiesto que, cuando el precepto habla de *no acudir a un lugar*, está pensando en lo que piensa cualquier lector: en un espacio geográfico. Solo así se explica esa especialidad cuando acompaña a una pena de prisión.

II.- El esfuerzo argumentativo que despliega el Ministerio Público en su recurso para entender que esa locución, gramaticalmente, puede abrazar también la prohibición de adentrarse en *espacios virtuales* es sencillamente admirable. Incluso no tendríamos inconveniente en reconocer que es hasta convincente. De su arsenal argumentativo, con auténticas filigranas y malabarismos filológicos, que llegan incluso a evocar cómo el legislador usa en sede de injurias y calumnias el término *espacio* (aunque según el DRALE se trata de una acepción diferente de la común), bebe la sentencia mayoritaria para considerar que el art. 48 CP habilita para imponer la prohibición de acceder a una red social.

Eludimos deliberadamente enzarzarnos en un debate lingüístico y semántico. Nos parece que eso desenfoca lo que está en juego en la decisión. El problema sobrepasa en mucho un tema de literalidad o del alcance que demos a las palabras, invirtiendo más o menos imaginación, o mostrándonos más o menos rígidos con las acepciones que van enriqueciendo un significante con nuevos significados que incluso, en ocasiones, acaban por arrinconar al originario.

En todo caso, cuando se trata de determinar el alcance de la norma penal, no deberían descuidarse los límites que tenemos los jueces a la hora de atribuir significados a los significantes utilizados por el legislador. Y no solo el del tenor literal posible sino el que viene marcado por el significado que se obtiene del concreto juego del lenguaje donde actúa el significante. En este caso, el del propio artículo 48.1 y 2 CP que, necesariamente, nos lleva a afirmar que la *red* ni es un *lugar* donde se haya cometido el delito -es el medio utilizado para cometerlo- ni, desde luego, es un *lugar* donde resida la víctima o sus familiares. Es cierto, no obstante, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el artículo 7 del Convenio no puede interpretarse como una prohibición general de que mediante la interpretación judicial se aclaren gradualmente las normas penales de un caso a otro. Pero siempre a condición de que el resultado interpretativo "sea coherente con la sustancia de la norma y razonablemente previsible". Creemos que, en el caso, estas condiciones no se cumplen y que la interpretación que sostiene la sentencia mayoritaria ha extravesado límites sustanciales.

Insistimos. La atribución por los jueces de significado a los significantes utilizados por el legislador no puede ir más allá, en perjuicio de la persona acusada, de lo que admiten el fin y el contexto de la norma donde se utilizan.

III.- En todo caso, como anunciábamos, el núcleo del problema pivota sobre otra cuestión que es la singularmente relevante: ¿cuál es el contenido de la pena de prohibición de acudir al lugar del delito?

Toda pena supone privación de derechos. Por definición. Lo que distingue esencialmente unas penas de otras es el derecho afectado. Eso las

modula y las gradúa. Valorando el nivel de afflictividad y el derecho afectado, el legislador pondera la proporcionalidad y maneja duraciones.

La prisión afecta de forma muy intensa a la libertad. La multa, al patrimonio. Las penas conocidas genéricamente como "privativas de derechos" (aunque esa etiqueta sería predicable de toda pena) inciden en diversos derechos con intensidad variada.

La pena de prohibición de residir o acudir a determinados lugares afecta a la libertad deambulatoria de forma muy limitada, apenas invasiva. Utilizar esa pena para incidir en otros derechos -en este caso, libertad de expresión- comporta un *fraude de etiquetas*, por rescatar, aunque en contexto diferente, la feliz y clásica locución del afamado penalista que hizo fortuna. Nos apartamos del sentido real de la pena y, camufladamente, escondemos bajo ese nombre otra pena muy distinta: una limitación de la libertad de expresión (de la que se abusó: ¡sin duda!); e incluso, de la otra faz de ese derecho: la libertad de recibir opiniones e informaciones. Se prohíbe *entrar* (también el término *entrar*, habitual en internet, como *colgar* y tantos otros, ha experimentado una expansión de su significado) en *Youtube*. La dicción del art. 48 no permite discriminar entre el usuario pasivo y el activo, aunque se intuye, y algo de ello late en la argumentación del Fiscal, que solo se pretende impedir que emita por ese canal.

Se quiere restringir y se restringe su capacidad de comunicación; no su libertad deambulatoria.

IV.- Cuando el legislador diseña una pena, que afecta muy limitadamente a la libertad deambulatoria, establece unos requisitos para su imposición, fija unos delitos que pueden determinarla, y unas duraciones proporcionadas.

Otros parámetros han de regir si la penalidad afecta a otro derecho con un significado y un nivel axiológico constitucional más elevado como es la libertad de expresión y comunicación. Introducir este contenido (prohibición de comunicarse con cualquier persona a través de un medio abierto), en aquel envoltorio (prohibición de acudir a un lugar) distorsiona el sistema y abre las puertas a entender, con el único poco taxativo límite de la necesaria proporcionalidad, que nuestro Código permite, en delitos no necesariamente graves, la prohibición de acceder durante años a *internet*, o de volver a televisión, o de entrar en *Instagram* o cualquier otra red social. Confiemos que la analogía no llegue al punto de considerar también un *lugar* una red de telefonía a la que también se *accede*.

En algunos casos, si se trata de alguien que, de forma más o menos profesionalizada, desarrolla su proyección laboral en alguno de esos medios, se introduce otro componente aflictivo: una inhabilitación o suspensión temporal para profesión u oficio, prevista expresamente con un régimen específico, mucho más exigente, por obvias razones, que el de la pena regulada en los arts. 48 y 57 CP.

V.- Seguramente es buena herramienta de política criminal ese tipo de sanción; pero no introduciéndola, como de contrabando, a través de otras de morfología y contenido muy distintos que obedecen a otra filosofía. Contamos en nuestro ordenamiento penal con esa posibilidad. Si antes de la reforma de 2021 podría quizás considerarse discutible acordarla como accesoria al amparo del art. 45 (pensamos que no había obstáculo), ahora ni siquiera se puede utilizar como argumento una supuesta laguna que habría de colmarse con interpretaciones extensivas, recreadoras, imaginativas y hasta creativas. La redacción surgida de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, proporciona el sostén de medidas de ese tenor que, ciertamente, pueden ser necesarias. En concordancia con la paralela

modificación del art. 33, el vigente art. 45 CP reformula el contenido de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio **u otras actividades, sean o no retribuidas, o cualquier otro derecho**, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia. El penado queda privado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena. La autoridad judicial puede restringir la inhabilitación a determinadas actividades o funciones de la profesión u oficio, retribuido o no, permitiendo, si ello fuera posible, el ejercicio de aquéllas no directamente relacionadas con el delito cometido.

Todo encaja mejor.

Antonio del Moral García Javier Hernández García