

Doctrina
Cuestiones de la autoría y la participación en el delito fiscal 18

Doctrina
La protección de la víctima en los delitos de sexting y grooming 24

Tribuna
Comentario a la SAN 2/2016: Caso «Youkioske», segunda parte 31

DOCTRINA

LA LEY 676/2016

Oído a los delitos de odio

(Algunas cuestiones claves sobre de la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015) (1)

Manuel-Jesús DOLZ LAGO
Fiscal del Tribunal Supremo

«Hay que escuchar a la razón, pero dejar hablar al sentimiento»
Roberto RICCI

En este trabajo se aborda una exégesis de los delitos de odio del art. 510 CP, tras la reforma operada por LO 1/2015, examinando desde un punto de vista dogmático sus antecedentes, bien jurídico protegido, naturaleza, tipo objetivo y subjetivo, penalidad y concursos.

Se razona que la reforma 2015 pretende corregir el texto anterior que responde a la redacción de LO 10/1995, a la vista de las interpretaciones realizadas por la Sala 2.ª del TS, Tribunal Constitucional, demás órganos judiciales y un sector doctrinal, secundada por la Fiscalía del TS, las cuales, no sin opiniones contrarias, hacían prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente a algunas modalidades de delitos de odio, como la provocación prevista en el núm. 1 del art. 510 CP, dejando impunes de forma indeseada concretas y enjuiciadas conductas de odio, que debían y deben ser castigadas penalmente.

I. OÍDO AL ODIOS CONTRA LOS DELITOS DE ODIOS. APROXIMACIÓN AL CONTEXTO SOCIAL DE LOS DELITOS DE ODIOS Y LA NECESIDAD DE SU CASTIGO

El término «oído» se define por ANDRÉS (2) como «Sentido que desde tiempos pretéritos se halla vinculado al conocimiento y revelación divina. Como órgano, se encuentra por entero desarrollado desde el nacimiento y se le considera un elemento sensorial determinante en la formación de la conciencia».

También resalta el laureado ensayista navarro, entre un erudito contenido del término, que Martin Heidegger (1889-1976) reparó en el hecho de que cuando decimos que no hemos oído bien, en realidad estamos señalando que no hemos «comprendido» (*El ser y el tiempo* V.B, 35) y que la inteligencia es ante todo saber oír y escuchar, esto es, asimilar. Más adelante, informa que «es común encontrar en los escritos sagrados hindúes la expresión 'sruti, que significa "audición", "lo oído", como símbolo de revelación suprema y muestra de la verdad, (...) tradición recogida por culturas milenarias y por la revelación bíblica (...)».

Sobre los delitos de odio hay que prestar mucho oído porque hay una especie de *discurso del odio* contra los delitos del odio y es necesario clarificar de donde venimos, donde estamos y a donde vamos en la legislación penal sobre el odio no tanto para tener revelaciones divinas sino para tener conocimiento, conciencia e inteligencia en su comprensión.

Para saber de donde venimos, es importante recordar con MUÑOZ CONDE (2001, 18) (3) un estudio del profesor CASABÓ RUIZ del año 1978 sobre el Anteproyecto de Código penal que hizo la Falange española en 1938, cuyo art.

sumario

■ **Doctrina**

Oído a los delitos de odio
Manuel-Jesús DOLZ LAGO 1

Cuestiones de la autoría y la participación en el delito fiscal
Enrique BACIGALUPO 18

Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de sexting y grooming
Josefa FERNÁNDEZ NIETO 24

■ **Tribuna**

Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional n.º 2/2016, de 5 de febrero. Caso «Youkioske», segunda parte
Ruben CANALES QUINTO e Ignacio TEMIÑO CÉNICEROS 31





Tribuna

Comentario a la
SAN 2/2016: Caso
«Youkioske», segunda
parte

LA LEY 761/2016

Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional n.º 2/2016, de 5 de febrero. Caso «Youkioske», segunda parte

Ruben CANALES QUINTO
Ignacio TEMIÑO CENICEROS
Abril Abogados

Se comenta en este artículo la sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del pasado 5 de febrero, 2016 en el asunto de la página web de descargas ilegales «Youkioske.com». Es la segunda sentencia sobre el mismo asunto y en ella se corrigen los errores y deficiencias que apreció el Tribunal Supremo cuando resolvió los recursos de casación interpuestos contra la primera resolución por los acusados. En esta ocasión, se amplía notablemente el apartado de los hechos probados y el análisis de la tipicidad de la acción y su encaje en la doctrina «Svensson» sobre comunicación pública y enlaces en páginas web.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 27 de octubre de 2015, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resolvió los recursos de casación que se habían presentado contra la sentencia de la Audiencia Nacional recaída en el asunto «Youkioske» el 5 de marzo de 2015, y que ya fue objeto de análisis y opinión en estas mismas páginas (1).

La decisión del Alto Tribunal (2) sorprendió por su celeridad y causó cierta confusión al declarar que había lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, pero sostener al mismo tiempo en sus fundamentos tesis doctrinales análogas a las aplicadas por la Audiencia para condenar a los acusados. En realidad, el Tribunal Supremo no parecía discrepar sobre el fondo, pero sí que ponía énfasis en que el relato fáctico de la sentencia recurrida resultaba impreciso en la determinación de extremos relacionados con los requisitos de la tipicidad y el contenido de la expresión «comunicación pública» utilizado en la redacción fáctica. Igualmente, se apreció una deficiente motivación en el análisis de

la tipicidad desde el carácter fragmentario del Derecho penal y respecto de las alegaciones de la defensa sobre la nulidad de la prueba denunciada por el cierre de la página web.

Respecto de la tipicidad del hecho, deja claro que, dado el carácter fragmentario que informa el sistema penal, la actuación del Derecho penal ha de quedar reservada a aquellos ataques más graves al régimen de la propiedad intelectual. Puesto que nuestro sistema jurídico dispone, tanto en el ámbito civil como el administrativo, de mecanismos menos lesivos que la jurisdicción penal, insta a la Audiencia a explicar la tipicidad del hecho desde la gravedad de la acción que justifique su intervención.

Por otro lado, en relación con el objeto de protección, el Tribunal Supremo, si bien aclara que tanto los periódicos como las revistas y libros son objeto de propiedad intelectual, indica que se debería especificar el contenido de la propiedad intelectual agredido, mediante la determinación de los derechos conculcados por el acto lesivo, relacionándose con la conducta típica de comunicar públicamente, que, co-

mo no podía ser de otro modo, insta a su interpretación de acuerdo con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el conocido caso «Svensson».

En este sentido, afirma que «un enlace sí es un acto de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del público», siguiendo al TJUE, si bien no los considera actos de comunicación pública en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieran autorización, «salvo que se dirijan a un público nuevo, no contemplado por los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial», y aclara que no puede entenderse que exista un «público nuevo» si los titulares de derechos sobre la obra enlazada previamente han autorizado su acceso libremente a través de internet. Indica así a la Audiencia que aclare en su sentencia qué obras concretas eran accesibles desde la web y si las publicaciones a las que se podía acceder desde www.youkioske.com, habían sido previamente publicadas libremente por sus titulares, es decir, si los usuarios de www.youkioske.com, podrían o no tener la consideración de público nuevo de acuerdo con la doctrina del TJUE, y por ende, si la comunicación pública realizada sería o no subsumible dentro del tipo penal, dejando entrever que de tratarse el contenido puesto a disposición a través de www.youkioske.com de las ediciones digitales de los periódicos a las que cualquier usuario puede acceder libremente a través de la página web de los mismos, no nos encontraríamos ante un público nuevo.

Con base en todo lo anterior, el Tribunal Supremo estimó el motivo de casación formalizado por quebrantamiento de forma, si bien poniéndolo en relación con los formalizados por error de derecho y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, casando por tanto la sentencia de la Audiencia Nacional y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, para que se dictara una nueva teniendo en cuenta estas consideraciones y evitando la utilización de la expresión «comunicación pública» en los hechos, al entender que predetermina el fallo.

La nueva sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional ha sido emitida el pasado 5 de febrero de 2016. En la misma, si bien se mantiene el fallo de su sentencia inicial (3) (nadie esperaba lo contrario), sí se introducen una serie de aclaraciones y matizaciones, que procuran respetar las pautas dadas por el Tribunal Supremo. Nos centraremos a continuación en el análisis de dichas novedades.

II. NUEVA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Los hechos que se declaran probados ahora son sustancialmente los mismos que en la sentencia anterior, con la salvedad de que en esta ocasión se hace una extensa descripción de los títulos de libros, periódicos y revistas que se localizaron en la web, enumerándose a lo largo de más de doce páginas de la sentencia cerca de medio millar de obras en seis idiomas diferentes. También se declara hecho probado que las versiones de los periódicos localizadas solo eran accesibles a través de plataformas de pago previo (Orbyt, Kiosko y Mas), de modo que no eran coincidentes con las versiones de acceso gratuito de esos mismos medios.

Al adentrarse en los fundamentos, la nueva resolución pone de manifiesto que no es intención de la Sala crear un diálogo entre tribunales sino solventar las deficiencias indicadas por el TS, pero comienza dejando claro que su interpretación de la doctrina del TJUE en el caso «Svensson» será mantenida, aunque mejor explicada.

Entre las primeras cuestiones tratadas se aborda la queja planteada por las defensas en sus conclusiones y posteriormente en sus recursos en referencia a la supuesta indefensión producida por el cierre de la página web realizada por el Cuerpo de Policía, con el beneplácito del Ministerio Fiscal. El argumento de los recurrentes se rechaza puesto que para la Sala las medidas que se tomaron no fueron para eliminar la web sino para impedir el acceso a la misma (continuación del delito), y su administración por los acusados. Se señala asimismo que la exposición pública de los contenidos protegidos está probada por otros medios y que las medidas adoptadas en ningún momento impidieron la acreditación de los hechos y la defensa adecuada.

El razonamiento de la Sala en este punto queda sobradamente demostrado con las numerosas referencias a oficios de la BIT y otras pruebas documentales que se citan en páginas posteriores cuando se vuelven a enumerar los contenidos que tenía la página web. El simple hecho de que se hayan podido enumerar más de quinientos títulos de publicaciones distintas da buena cuenta de ello. Es más, entre las novedades de la resolución se trae a colación un documento elaborado por los acusados para un inversor en el que se describe el funcionamiento exacto de la página. Este documento —localizado en los registros domiciliarios de los acusados—, contiene información de vital importancia para el caso. En el mismo, se dice

Audiencia de Tarragona, condenando al procesado a tres años de prisión por un delito de abuso sexual a una menor de 13 años y una multa de 8.000 euros por cinco delitos de exhibicionismo cometidos con otras tantas menores por medio de Facebook. El elemento desencadenante de la investigación fue el contenido de los contactos entre el acusado y L., una de las menores acosadas, de 15 años. Cierta día, la hermana de L. entró de improviso en la habitación en la que la menor estaba viendo fotos de un hombre desnudo. El Supremo estima que pudo ser esta hermana la que le proporcionó a la madre la clave de acceso que utilizaba L. en Facebook. Sea como fuere, el hecho es que la mujer entró en el perfil de su hija menor y comprobó que A. le había estado proponiendo relaciones sexuales a su hija y enviándole unas imágenes en las que se masturbaba ante la webcam del ordenador. Los contactos habían durado algunos meses, a lo largo de los cuales L. le comentó a A. la existencia de una amiga, también menor, de 7 años, y él propuso que un día quedaran los tres. Se citaron en un parking, donde el acusado besó en los labios a esta segunda menor y le tocó los genitales, según el relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia de Tarragona. También se comprobó que A. había acosado por medio de Facebook a otras tres adolescentes, de edades comprendidas entre los 14 y los 16 años. A una le compró ropa interior para que se la pusiera y le enviara fotos, a otra le mandó imágenes suyas desnudo, y a la tercera le pidió fotografías en las que se mostrase desnuda o vestida sólo con prendas íntimas.

Una vez denunciados los hechos por la madre de L. —la menor de 15 años—, los

Mossos d'Esquadra no sólo tuvieron acceso a su perfil de Facebook, sino que acudieron al domicilio del acusado, y lo registraron con su consentimiento y el de sus padres. Su abogada les aconsejó que lo permitieran, para colaborar en esclarecer de lo ocurrido. Pero luego, tras la sentencia, el condenado cuestionó tanto la obtención de los mensajes de la menor como del contenido de sus propios dispositivos, en el registro efectuado en su casa. Sobre esto último, el Supremo no ve posible poner ahora objeciones, porque en su momento no hubo oposición, ya sabiendo que el material informático intervenido sería analizado. Y en cuanto al acceso al perfil de Facebook, la Sala Penal subraya que, como regla general, los menores tienen derecho a que se respete su intimidad, y una menor de 15 años en pleno uso de sus facultades «tiene que otorgar el consentimiento a los padres o tutores» para que éstos puedan desvelar sus mensajes. Ahora bien, precisa inmediatamente que «esos espacios de privacidad e intimidad» pueden «ceder en presencia de otros intereses constitucionalmente protegibles». En este sentido, la sentencia —de la que ha sido ponente el magistrado Antonio del Moral— subraya que quien accedió a los mensajes era la madre de la menor, no «cualquier otro particular», y que conoció su contenido sin utilizar «métodos de indagación al margen de la voluntad de esta». Añade que la acción de la madre fue lícita por ser «titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva», es decir, de guarda y amparo, «respeto de la menor». El ordenamiento legal —concluye el TS— no puede «hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de

controlar en casos como el presente». Los jueces subrayan que la madre actuó «ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija».

(9) Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su art. 24.1 que «todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado», en el mismo sentido que el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual «todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado», y que el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: «se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición».

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración

Universal de Derechos Humanos de 1948, en su art. 25.2, establece que «la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales», y que «todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

(10) Decision Sahin vs Alemania (sentencia del 11 de octubre de 2001, en la cual se restringió el contacto entre un ciudadano alemán y su hija menor de edad, por considerar que dada la animadversión entre él y la madre de la niña, tales contactos irían en detrimento del interés superior de esta última), L. Vs. Finlandia (sentencia del 30 de marzo de 2000, en la cual se aceptó una medida de protección consistente en separar a un menor de sus padres biológicos por existir acusaciones de abuso sexual y una enfermedad mental de la madre, que hacían presumir que el interés superior del menor sería satisfecho con la separación) y P., C. y S. Vs. Reino Unido (sentencia del 16 de julio de 2002, en la cual se aprobó la colocación de un niño recién nacido y su hermana en un hogar sustituto, dados los antecedentes psiquiátricos de la madre, que constituían un riesgo para su salud y, por ende, contrariaban su interés superior).

(11) Recomendaciones establecidas en el Memorandum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular de niños, niñas y adolescentes. Las recomendaciones contempladas en el Memorandum de Montevideo fueron adoptadas en el marco del Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en internet. Realizado en Montevideo los días 27 y 28 de julio de 2009.

¿Cómo han comprendido los Tribunales la reforma laboral?



LA REFORMA LABORAL A JUICIO DE LOS TRIBUNALES



LAS 50 SENTENCIAS QUE LO ACLARAN TODO

A través de las resoluciones judiciales más relevantes, se concreta el estado actual de comprensión judicial de cada punto crítico de la reforma laboral.

Tras cuatro años de aplicación judicial de la «reforma laboral» de 2012 es momento para hacer un balance global. En estos años se han dictado centenares de sentencias que concretan, modulan o, incluso, corrigen la voluntad del legislador de cambiar la vieja se-

guridad en el empleo por la «nueva mayor adaptabilidad» de las condiciones laborales a la necesidad de gestión competitiva de las empresas.

Aunque no hay un patrón común de «política judicial del Derecho del Trabajo», sí se ha abierto una gran brecha interpretativa. Este libro te ayudará a clarificar la situación a través del estudio de la jurisprudencia social más importante dictada en estos últimos años.

Autor:

**Cristóbal
Molina Navarrete**

Sello: LA LEY

Páginas: 664 • Rústica
ISBN: 978-84-9020-482-5

Adquiere YA tu ejemplar | 902 250 500 | clientes@wke.es | <https://tienda.wolterskluwer.es> | www.smartteca.es

 Wolters Kluwer

Tu mejor socio