

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 687/2014

RECURSO CASACION N°:11/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Nacional

Fecha Sentencia: 10/10/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: JLA

<p>Atentado. Artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Non bis in idem. Doctrina de esta Sala sobre el error de prohibición.</p>
--

Nº: 11/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Carlos Granados Pérez

Vista: 01/10/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 687/2014

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. José Manuel Maza Martín
D. Luciano Varela Castro
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley que ante nos pende, interpuesto por los

acusados **D. GORKA OVEJERO GAMBOA, D. JULIO MARTIN VILLANUEVA VILLANUEVA, D. IBON GARCIA GARRIDO y D. MIKEL ALVAREZ FORCADA** contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional que les condenó por delito de atentando, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y votación bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como acusación particular Doña Yolanda Barcina Angulo, representada por el Procurador Sr. Dorremochea Guiot, y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. Fernández Estrada.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Centra de Instrucción 1 instruyó Sumario con el número 2/2012 y una vez concluso fue elevado a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, con fecha 27 de noviembre de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** *"El día 27 de octubre de 2011 se celebraba en Toulouse, Francia, el consejo Plenario de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos (C.T.P.) organismo de cooperación transfronteriza con personalidad jurídica, del que son miembros:*

- *Las tres Regiones francesas: Aquitaine, Midi-Pyrénées y Languedoc-Rossillón.*
- *Las 4 Comunidades Autónomas españolas: Cataluña, Aragón, Navarra y Euskadi.*
- *El Principado de Andorra.*

La Presidencia de la CTP se ejerce por turnos de dos años entre sus miembros. En esa sesión se hacía cargo de la Presidencia de la C.T.P. la Presidente de la Comunidad Autónoma de Navarra Dñº. Yolanda Barcina Angulo.

La sesión plenaria se celebraba en el anfiteatro de la sede del Consejo Regional de Midi-Pyrénées, en un acto público, ante numerosos asistentes. Las acreditaciones de los asistentes se entregaban en el acto a las personas que se hubiesen registrado previamente o que lo hiciesen en el momento, sin exigir que justificasen su identidad.

A la sesión plenaria de la tarde asistieron como público GORKA OVEJERO GAMBOA, JULIO MARTIN VILLANUEVA VILLANUEVA, IBON GARCIA GARRIDO Y MIKEL ALVAREZ FORCADA, mayores de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad española.

Una vez iniciada la sesión, sobre las 16,30 h. GORKA OVEJERO GAMBOA, JULIO MARTIN VILLANUEVA VILLANUEVA, IBON GARCIA GARRIDO y MIKEL ALVAREZ FORCADA se levantaron de sus asientos, junto con otras 4 personas del público, y bajaron las escaleras en dirección al escenario, donde se encontraban los partícipes de la reunión, y entre ellos la Sra. Barcina Angulo.

GORKA OVEJERO GAMBOA, cuando estuvo al lado de la Sra. Barcina, sacó de la carpeta que llevaba una tarta, y se la estampó con fuerza en la cara. Inmediatamente JULIO MARTIN VILLANUEVA VILLANUEVA, que también se había aproximado a ella, desde el lado contrario, hizo lo mismo dándole con otra tarta en la cabeza, cuando ésta se agachaba, tratando de protegerse tras el primer impacto. Instantes después IBON GARCIA GARRIDO, que se había aproximado por detrás hizo lo mismo contra tarta, estrellándosela en la cabeza.

Dña Yolanda Barcina Angulo, con toda la cara y la cabeza llena de merengue, se levantó y trataba torpemente de salir, casi sin ver, cuando uno de sus escoltas pudo llegar hasta ella y cogiéndola del brazo la condujo a la salida.

Mientras esto ocurría MIKEL ALVAREZ FORCADA levantaba los brazos llamando la atención sobre lo ocurrido, y las otras personas, que se habían aproximado desdoblaban papeles de gran tamaño, y que exhibían a modo de pancartas, con la leyenda:

NON A LA GRANDA VERGONHA, firmadas por Libertat

AHT EZ!!! TAV NO!!! LGV NON!!!

El propio JULIO MARTIN VILLANUEVA VILLANUEVA sacó de su bolsillo uno de estos papeles, mientras que GORKA OVEJERO GAMBOA se abría la chaqueta y la camisa que portaba para exhibir una camiseta. todos ellos fueron finalmente expulsados del salón de actos.

Al cabo de una media hora, cuando Dñ^a Yolanda Barcina Angulo se recuperó y pudo asearse, se reanudó la sesión con su intervención".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:
"FALLO: En atención a lo expuesto y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española, HEMOS DECIDIDO: Que debemos condenar a: GORKA OVEJERO GAMBOA, como autor de un delito de atentado a la Presidenta de una Comunidad Autónoma, con la atenuante descrita, a la pena de 2 años de prisión y tres meses de multa, a razón de 10 euros, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la cuarta parte de costas, incluyendo las de la acusación particular.

JULIO MARTIN VILLANUEVA VILLANUEVA, como autor de un delito de atentado a la Presidenta de una Comunidad Autónoma, con atenuante descrita, a la pena de 2 años de prisión y tres meses multa, a razón de 10 euros al día, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la cuarta parte de costas, incluyendo las de la acusación particular.

IBON GARCIA GARRIDO, como autor de un delito de atentado a la Presidenta de una Comunidad Autónoma, con la atenuante descrita, a la pena de 2 años del prisión y tres meses de multa, a razón de 10 euro al día, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la cuarta parte de las costas, incluyendo las de la acusación particular.

MIKEL ALVAREZ FORCADA, como cómplice de un delito de atentado a la Presidenta de una Comunidad Autónoma, con la atenuante descrita, a la pena de 1 año de prisión y un mes multa, a razón de 10 euros al día, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de la cuarta parte de costas, incluyendo las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, con instrucción de los derechos que les asisten frente a la misma".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de Ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: Primero.-** En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del principio *non bis in idem* o “cosa juzgada”, en relación al artículo 25.1 de la Constitución. **Segundo.-** En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 de la Constitución. **Tercero.-** En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 143 del Código Penal. **Cuarto.-** En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la vista el día 1 de octubre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del principio *non bis in idem* o “cosa juzgada”, en relación al artículo 25.1 de la Constitución.

Se alega, en defensa del motivo, que los hechos ya fueron investigados en Francia, territorio donde se produjeron, y fueron archivados por la Fiscalía francesa por “falta de caracterización” después de haberse practicado numerosas diligencias de instrucción.

En apoyo de su alegación de que se trata de un supuesto de cosa juzgada se señala la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de fecha 11 de febrero de 2003, que interpreta el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, en la que se declara, en su apartado 48, como conclusión, que habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, como los controvertidos en los litigios principales, por los que el ministerio fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin intervención de un órgano jurisdiccional, de un proceso penal sustanciado en dicho Estado, una vez que el imputado haya cumplido

determinadas obligaciones y, en particular, haya abonado determinado importe fijado por el Ministerio fiscal. Por ello se reitera que nos encontramos ante cosa juzgada ya que la Fiscalía francesa archivó las actuaciones, existiendo identidad objetiva y subjetiva respecto de los sujetos no enjuiciados en Toulouse y acusados en nuestro país.

El Tribunal de instancia desestimó, por Auto de 28 de mayo de 2013, el artículo de previo pronunciamiento de excepción de cosa juzgada y subsidiariamente la declinatoria de jurisdicción planteado por la defensa de los ahora recurrentes. En dicho Auto, tras hacer referencia al artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen y tras recoger sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal Constitucional, y aplicando los criterios de esas sentencias a este caso, se declara que nos encontramos con que:

-Se trata de un procedimiento seguido por hechos ocurridos en Francia, contra cuatro personas de nacionalidad española, acusadas de delito de atentado de los artículos 550, 551.2 y 552.2 del C.P. contra la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra.

- El procedimiento se inicia como D.P 162/2011 por el Juzgado Central de Instrucción nº 1, el 28 de octubre de 2011. La perjudicada Dña. Yolanda Barcina Angulo fue tenida por parte como acusación particular en resolución de 14 de noviembre de 2011.

- El 29 de febrero de 2012 se recibió una comunicación del Magistrado de Enlace de Francia en España, en las D.P. 162/2011, con el siguiente contenido: “Tengo el honor de facilitarle adjunto el expediente respecto al atentado contra Dña. Yolanda Barcina presidenta de la comunidad foral de Navarra, y la notificación del archivo por parte de la fiscalía de Toulouse”. Se adjuntaba la copia de la investigación seguida en Francia, en la que aparecen identificados los acusados GORKA OVEJERO GAMBOA, JULIO MARTÍN VILLANUEVA e IBON GARCIA GARRIDO, de nacionalidad española, también se indicaba que la

perjudicada había denunciado los hechos en España. En el folio 330, con la referencia de “asunto”: transmisión de diligencias realizadas tras la agresión perpetrada contra la señora Presidenta de Navarra”, aparece la comunicación del Fiscal francés al Magistrado de enlace en España, de que no se han abierto diligencias y que la Fiscalía de Toulouse ha archivado el asunto el 16.01.2012, solicitando que comunique esa información a la parte española y le transmita una copia de las diligencias seguidas en Francia, por si fuese de utilidad.

Se sigue diciendo en dicho Auto, que resuelve el artículo de previo pronunciamiento, lo siguiente: Esta comunicación, unida a la transmisión de copia de la investigación seguida en Francia, para su incorporación a la causa española, evidencia que por parte de las autoridades francesas no hubo pronunciamiento alguno sobre el carácter delictivo o no de los hechos. El motivo del archivo en Francia fue que se seguía un procedimiento en otro país de la Unión Europea, en este caso España, a la que se acuerda remitir la copia del expediente. Nos encontramos en un caso idéntico al contemplado por la S. del TJUE de 10 de marzo de 2005, porque el Ministerio fiscal francés ha decidido no proseguir la acción penal debido a que se han iniciado actuaciones penales en España, por los mismos hechos, sin que exista valoración alguna en cuanto al fondo. De modo que no existe ningún riesgo de que se estén sancionando doblemente los mismos hechos, y no puede operar el principio “non bis in idem” para excluir la tramitación de este procedimiento. A ello se añade que el acusado MIKEL ALVAREZ FORCADA ni siquiera aparece en el expediente seguido por las autoridades francesas.

En la sentencia recurrida, respecto a esta cuestión, se dice que la defensa, en el trámite de conclusiones elevado a definitivas, no planteó la falta de jurisdicción y la excepción de cosa juzgada, y fue en la vía de informa cuando lo alegó así como la existencia de un error de prohibición

invencible para solicitar, subsidiariamente, la absolución de los acusados. Cuestiones éstas que al no haberse planteado se han sustraído al debate, pues las acusaciones no han podido responderlas. En cualquier caso, se dice por el Tribunal de instancia, vamos a entrara a su examen.

Y tras señalar que la competencia de los tribunales españoles tiene en este caso una doble base, ya por aplicación del principio de personalidad, por ser los responsables de nacionalidad española, como se establece en el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya por aplicación del principio real o de protección recogido en el artículo 23.3 de la misma Ley Orgánica, letra g), al tratarse de un “atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles”. Sigue diciendo que la excepción de cosa juzgada, planteada como artículo de previo pronunciamiento por la defensa, ya se resolvió en el Auto de este Tribunal de 28 mayo de 2013. En este momento lo que procede es examinar si, a la vista del nuevo documento aportado por la defensa en el acto del juicio oral, cabe modificar en algún modo lo estimado en aquella resolución. El nuevo documento consiste en una copia de la hoja de registro en el sistema informático, denominado cassiopea, del asunto en el Tribunal de Gran Instancia de Toulouse. Este documento, aunque no sea original (siguiendo la terminología de la defensa) no ofrece dudas sobre su autenticidad y su contenido concuerda con los datos obrantes en la causa. Se refiere al procedimiento abierto en relación a estos hechos, identificado gracias a los nombres de los intervinientes, recoge que fue archivado el 20.01.2012 y figura como motivo: infracción insuficientemente caracterizada. El archivo de las diligencias de investigación abiertas en Francia ya constaba en la comunicación de fecha 23.02.2012 del Fiscal Sr. Peltier al Magistrado de enlace de Francia en España, que figura al folio 330. En esta comunicación le adjunta además copia de la causa y le solicita que se la transmita a las autoridades españolas por si fuera de utilidad. Aunque en la hoja de

registro del procedimiento no figure que se remite a las autoridades españolas la copia de la investigación que se archiva, lo cierto es que se hizo en el mes de febrero, y así consta en las comunicaciones oficiales que acompañan a la copia. Si se remite a las autoridades españolas la copia de las investigaciones es precisamente porque se tiene conocimiento de que el procedimiento también se sigue en España, y para facilitar su continuación en este país, ante la decisión francesa de no ejercitar la acción penal. La mención en el registro informático del Tribunal de Gran Instancia de la infracción como insuficientemente caracterizada supone que no ha habido pronunciamiento sobre el fondo, y ello es lo que hace que la cosa juzgada no pueda operar en este caso. Por tanto, este Tribunal debe seguir manteniéndose en las consideraciones del Auto de 28 de mayo de 2013, que desechó que pudiésemos aplicar en este caso la excepción de cosa juzgada, teniendo por reiterada su argumentación. En ese Auto ya se recogía la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de marzo de 2005, en la que se dice: “El principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, no se aplica a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos, sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo”.

Se sigue diciendo que también se ha alegado por la defensa la aplicación de un principio de oportunidad al no dirigirse la causa contra el resto de los participantes pese a figurar identificados en las actuaciones que las autoridades francesas remiten. Difícilmente puede este Tribunal dar respuesta a los motivos por los que las acusaciones no se han dirigido

contra otras personas cuando precisamente por ello no es el objeto del juicio que nos compete, baste señalar que ello no puede ocasionar indefensión alguna a los que sí han sido acusados.

Las razones expresadas por el Tribunal de instancia para rechazar la excepción de cosa juzgada y la alegada vulneración del principio *non bis in idem* son compartidas por esta Sala.

Esas razones se ven reforzadas con un examen de las diligencias que fueron remitidas por las autoridades francesas para su incorporación a la causa que se seguía en España contra los cuatro ciudadanos españoles ahora recurrentes, diligencias de las que se infiere que las investigaciones llevadas a cabo en Francia se refieren a tres ciudadanos franceses llamados Genet, Borredon y Daussat. Así, examinado el folio 353 de las actuaciones puede leerse que la funcionaria de la policía judicial francesa Sabrina Gaye hace constar lo siguiente: “Contactamos por teléfono con el Fiscal de la República de Toulouse Sra. Reymond para informarle de la agresión sufrida por la Sra. Barcina, así como del resultado de nuestra investigación. Cuando terminamos de exponer los hechos dicho Magistrado nos recomienda citar a las personas identificadas por el departamento de Información del Ministerio del Interior, es decir citar a la Sra. GENET Miren, Sr. BORREDON Maél y al Sr. DAUSSAT Boris. Mme. Reymond nos informa con el fin de contactar con el Sr. Peltier”. En los folios 354 a 360 constan las declaraciones de esos tres ciudadanos franceses ante la policía francesa. En el folio 361 consta que la policía de Toulouse contactó telefónicamente con el Fiscal Sr. Peltier y se le puso en antecedente de los hechos imputados a los tres mencionados súbditos franceses. Y al folio 331 en el que consta un informe resumen de la Policía francesa, de fecha 20 de diciembre de 2011, en él puede leerse, entre otros extremos, que se hace referencia a que la Sra. Barcina había presentado denuncia en

España y que aparecían identificadas tres personas francesas cuyos nombre se mencionan, quienes prestaron declaración y se dice asimismo que el Sr. Peltier, Fiscal adjunto de la Fiscalía de Toulouse estaba enterado de los hechos que se le imputaban al Sr. DAUSSAT, Sr. BORREDON y a la Sra. GENET, así como de la investigación realizada en esta causa.

Por otra parte, las razones que expresó el Tribunal de instancia en su Auto de fecha 28 de mayo de 2013 para rechazar la excepción de cosa juzgada, ratificadas en la sentencia recurrida, no se ven desvirtuadas por lo que se expresa en el documento que por fotocopia fue aportado por la defensa en el acto del juicio oral, ya que como se señala por el Tribunal de instancia se trata una copia de la hoja de registro en el sistema informático, cuya lectura evidencia que se trata de resumir lo que constaba en el expediente y lo que deja bien claro ese resumen, sin firma alguna, es que se habían archivado las diligencias sin adoptarse medida alguna y sin entrar en el fondo.

En consecuencia los tres actuales recurrentes cuya conducta aparece mencionada en las diligencias policiales tramitadas en Francia no fueron objeto de enjuiciamiento ni se adoptó sobre ellos medida alguna

A la vista de toda esta documentación, parece perfectamente lógica la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia de que no se siguieron en Francia actuaciones en contra de los ciudadanos españoles, autores materiales de la agresión, por seguirse en España causa contra ellos por los mismos hechos.

Por ello, en modo alguno puede estimarse la excepción de cosa juzgada ni vulneración alguna del principio *non bis in idem*, y esa convicción es acorde con el artículo 54 del Convenio de Aplicación del

Acuerdo Schengen en el que se dispone lo siguiente: Artículo 54. *Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.*

También es acorde con las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y en concreto, como se señalaba por el Tribunal de instancia, con la Sentencia de 10 de Marzo de 2005, en la que se declara, como conclusión, entre otros extremos, lo siguiente: “35. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que el principio *non bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS no se aplica a una decisión de las autoridades judiciales de un Estado miembro de archivar un asunto después de que el Ministerio fiscal haya decidido no proseguir la acción penal debido únicamente a que se han iniciado actuaciones penales en otro Estado miembro contra el mismo imputado y por los mismos hechos sin que exista apreciación alguna en cuanto al fondo”.

Por otra parte, la sentencia del TEJCE que los recurrentes mencionan en apoyo de su motivo, de fecha 11 de febrero de 2003, examina un supuesto distinto en sus circunstancias y en el que se adoptaron medidas en contra de los imputados.

Por todo lo que se deja expresado el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 de la Constitución.

Se niega la existencia de prueba de cargo mínima que sustente lógicamente la condena de los recurrentes.

El Tribunal de instancia, en el segundo de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida explica las pruebas que le han permitido construir el relato fáctico.

Así, se señala la declaración de la víctima que compareció como testigo en el acto del juicio oral y relató la forma en la que se produjeron los hechos. Se destaca la declaración del policía foral con nº 7144 quien presencié la agresión a la Sra. Barcina y ratificó el reconocimiento fotográfico que en su día realizó de Gorka Ovejero, Julio Martín e Ibón García, que obra al folio 124 de las actuaciones, y afirmó que pudo ver a los autores a quienes identificó entre todas las fotografías que se le exhibieron. Igualmente se han podido valorar las declaraciones del instructor y del secretario del atestado quienes ratificaron que el video del hecho lo tomaron del blog del movimiento MUGITU, donde instantes después de lo sucedido se estaba reivindicando el hecho y asimismo manifestaron que del análisis de sus fotogramas, que constan al folio 50, pudieron identificar desde el primer momento a Gorka Ovejero, Julio Martín y a Mikel Alvarez Forcada, y que encontraron saliendo del domicilio de Julio a éste en compañía de Mikel y de Ibón García Garrido que en ese momento reconocieron como el agresor no identificado. El Tribunal de instancia rechaza con razón que ese vídeo constituya un montaje ya que aparece de forma inmediata en la Red y además lo que refleja concuerda con lo que han declarado los testigos y todas las personas que participaron fueron reconocidas. En concreto se ve a Gorka dar con una tarta que impacta en la cabeza de la Sra. Barcina en la cara y después se ve a Julio Martín Villanueva hacer lo mismo con otra tarta que también le impacta en la cabeza e inmediatamente Ibón Garrido le

estrella la tercera tarta; mientras esto ocurre se puede observar a Mikel Alvarez Forcada en una clara actitud de apoyo, video que fue visionado en el acto del juicio oral. También se ha podido valorar la documentación obtenida a los acusados. Así a Gorca Ovejero se le intervinieron tickets y acreditaciones que prueban su presencia en el lugar de los hechos, figurando en la lista de asistentes como consta al folio 248. Los policías que practicaron la detención manifiestan que Gorca llevaba la misma chaqueta con la que sale en el vídeo. A Julio Martín se le interviene el programa de la sesión de la G.T.P. que consta al folio 134 y dos tickets franceses de autopista y de consumiciones con fechas inmediatas a los hechos. A ello se une que Mikel Alvarez Forcada dio una rueda de prensa el día siguiente a los hechos –folios 137- constando su contenido en un blog de MUGITU que figura al folio 71, y en esa rueda de prensa Mikel reivindicó el hecho y manifestó que se pretendía dañar la imagen de la autoridad que representa y califica de ilegales las detenciones de sus compañeros. Y el día 2 de noviembre de 2011 Julio Martín Villanueva fue entrevistado por la emisora de radio EGUZKI IRRATIA, entrevista que consta incorporada al folio 137, y en ella asume la acción dirigida contra la Sra. Barcina.

Por todo ello, queda perfectamente acreditada la participación de los cuatro acusados en los hechos de que se les acusa.

Ha existido, pues, prueba de cargo, legítimamente obtenida, que enerva el derecho de presunción de inocencia invocado.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, se invoca infracción, por inaplicación indebida, del artículo 14.3 del Código Penal.

Se dice existente un error de prohibición puesto que los acusados pensaron que los hechos serían constitutivos de sanción administrativa y no penal, que les sería exigida en Francia. Se afirma que ese error es invencible y que debe excluir la responsabilidad penal sin que pueda construirse la atenuante analógica en relación a ese error, como ha hecho el Tribunal de instancia y se discrepa de la vencibilidad que otorga la sentencia a la creencia errónea de los autores.

El Tribunal de instancia rechaza el error de prohibición señalando que tal error existirá cuando el autor cree que actúa lícitamente, ya sea porque el error recaiga sobre la existencia de la norma prohibitiva como tal (error de prohibición directo) o porque recaiga sobre la existencia de una causa de justificación que autorice la acción en el caso concreto (error de prohibición indirecto) y recuerda jurisprudencia de esta Sala.

No obstante ello, se declara asimismo en la sentencia recurrida que los acusados realizaron una infracción penal en un territorio que establece una pena sensiblemente menor a la prevista en nuestra legislación y que actuaron en la creencia errónea de que sería en ese territorio donde se les podría exigir responsabilidades, error que en modo alguno puede estimarse invencible pues fácilmente lo hubieran podido superar, la información se encuentra al alcance de cualquiera. Se añade que aunque no se trate de un error de prohibición en sentido estricto, si existió una circunstancia que de algún modo afectó su culpabilidad y que ello no puede desconocerse. Y asimismo se expresa que la valoración de esa circunstancia, que afecta a la culpabilidad, puede llevarse a cabo por la vía del art. 21 CP que dentro de las circunstancias atenuantes se refiere en el apartado 7º a cualquier otra circunstancia de análoga significación

que las anteriores, poniéndola en relación con el error de prohibición contemplado en el art. 14 y con una disminución de la culpabilidad. Esta circunstancia, teniendo en cuenta que de haberse tratado de un error de prohibición vencible hubiese permitido una rebaja de pena de uno a dos grados, debe estimarse como muy cualificada, rebajando la pena en un solo grado.

Por todo lo que se deja expuesto al examinar el anterior motivo, resulta evidente que los acusados tenían conciencia de la antijuricidad de su conducta, como se expresa en la sentencia de instancia y ellos mismos reconocen

Y no puede extenderse el error de prohibición a supuestos como en el presente en el que los acusados, como se declara en la sentencia recurrida, realizaron una infracción penal en un territorio que establece una pena menor a la prevista en nuestra legislación y que actuaron en la creencia de que sería en ese territorio donde se les podría exigir responsabilidades. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala que ha rechazado el error de prohibición en supuestos parecidos al caso que examinamos.

Ciertamente, es oportuno recordar, como se señala en la Sentencia 353/2013, de 13 de abril, que constituye uno de los avances del Derecho Penal contemporáneo de los diferentes países el reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad, necesario pues para que una determinada conducta pueda considerarse merecedora de reproche penal. Si falta tal conciencia de antijuricidad, bien directamente por la creencia de que el hecho no está legalmente castigado, error sobre la norma prohibitiva o imperativa (error directo de prohibición), bien indirectamente por estimarse que concurría una causa de justificación (error indirecto de prohibición o error de permisión), la

doctrina penal entiende que no debe ser considerado el sujeto culpable del hecho, si el error es invencible, o que puede ser merecedor de una atenuación de la pena si se considera vencible (art. 14.3 C. Penal). El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14-11; 865/2005, de 24-6; 181/2007, de 7-3; y 753/2007, de 2-10).

Y en relación al ámbito del error de prohibición es asimismo doctrina de esta Sala que no cabe extender el error de prohibición a los supuestos en los que el autor crea que la sanción penal era de menor gravedad y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida. Así se pronuncia entre otras la Sentencia 835/2012, de 31 de octubre. Y en la Sentencia de esta Sala 237/2007, de 21 de marzo, se expresa que el error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta concreta del ordenamiento a esa forma de actuar. Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; tampoco es exigible que conozca que su acción es típica; por ello, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS nº 1171/1997, de 29 de setiembre, y STS nº 302/2003).

Aplicando la jurisprudencia que se acaba de dejar expresada al supuesto de autos, las creencias que pudieran tener los acusados sobre el

alcance de la gravedad de sus conductas o sobre el Tribunal que pudiera ser el competente escapa al ámbito del error de prohibición tanto invencible como vencible. Sobre este particular no deja dudas la Sentencia de esta Sala 865/2005, de 24 de junio, en la que se declara que nada tiene que ver con el error de prohibición el conocimiento o la ignorancia de la norma concreta infringida, pues si así fuera sólo podrían delinquir los expertos en Derecho Penal. Únicamente se excluye (o atenúa) la responsabilidad criminal por error de prohibición cuando se cree obrar conforme a Derecho, no cuando hay una equivocación sobre cuál sea la sanción jurídica que se puede derivar de la propia conducta.

En todo caso, el criterio mantenido por el Tribunal de instancia de apreciar una atenuante analógica y además muy cualificada, no puede ser modificado por esta Sala ya que implicaría un prohibido *reformatio in peius*, y ese criterio del Tribunal de instancia supone aplicar una respuesta penológica similar a la que se hubiera obtenido de estimar el error de prohibición como vencible.

Por todo lo que se deja expresado, el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación.

En concreto se dice indebidamente motivada la pena de multa que se dice desproporcionada al imponerse una cuota de diez euros día, ante la falta de datos concretos sobre la situación patrimonial de los acusados.

El Tribunal de instancia considera que una cantidad de diez euros al día resulta adecuada a la que pueda ser la situación económica de los acusados.

El artículo 50.4 del Código Penal dispone que la cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros por lo que la impuesta de 10 euros está muy próxima al mínimo legal y los gastos realizados por los acusados para ejecutar las conductas enjuiciadas y la designación de letrados de su elección son circunstancias que no evidencian una absoluta carencia de medios económicos.

Este último motivo tampoco puede prosperar.

III. FALLO

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACION por infracción de precepto constitucional e infracción de Ley interpuesto por los acusados **D. GORKA OVEJERO GAMBOA, D. JULIO MARTÍN VILLANUEVA VILLANUEVA, D. IBON GARCIA GARRIDO y D. MIKEL ALVAREZ FORCADA** contra sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 27 de noviembre de 2013, en causa seguida por delito de atentado. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Julián Sánchez Melgar
Castro

José Manuel Maza Martín

Luciano Varela

Andrés Palomo del Arco

Carlos Granados Pérez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.