

# BOLETÍN INFORMATIVO 80

Septiembre 2020

**Juezas y Jueces**  
*para la* Democracia

**NÚMERO  
ESPECIAL  
ACCESO A LA  
CARRERA  
JUDICIAL.**

**CUESTIONES DE  
DERECHO PENAL**

**VOLUMEN I**

# BOLETÍN INFORMATIVO 80

## DIRECCIÓN

Fernando de la Fuente Honrubia

Marta Vicente de Gregorio

## COORDINACIÓN

Fátima Mateos Hernández

## EDITA

Juezas y Jueces para la Democracia

## ISSN

ISSN 2660 - 8766

# SUMARIO

1. SEXTING  
Adoracion Amigo Rodriguez
2. EL SISTEMA PENITENCIARIO NORUEGO, UN EJEMPLO A SEGUIR  
Amalia Fustero Bernad
3. PARTICULARIDADES DEL CONCEPTO DE AUTORIA: DELITOS ESPECIALES, PERSONA JURIDICAS Y DEMAS PROBLEMATICAS  
Bernardino Diaz Rodriguez
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 272/2020: COMPLIANCE, DENUNCIA ANÓNIMA Y WHISTLEBLOWER  
Joana Ruiz Sierra
5. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 141/2020, DE 13 DE MAYO: Utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización. Injerencia del derecho a la intimidad y la obligada ponderación de intereses en conflicto  
Juan Antonio Flecha Muñoz
6. EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS DEL ART. 197, 1 y 2 DEL CP. ANÁLISIS DE LA STS 412/2020, DE 20 DE JULIO  
María Jesús Muñoz Company
7. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO, N.º 141/2020 DE 13 DE MAYO DE 2020, REC. 2749/2018. PONENTE: D. MANUEL MARCHENA GOMEZ, SOBRE COLOCACION GPS Y DISPOSITIVOS TECNOLOGICOS EN VEHÍCULO A RAIZ DE DENUNCIA ANONIMA.  
Patricia Medina Pérez

# SUMARIO

8. LA APROPIACIÓN INDEBIDA POR ABOGADO O PROCURADOR CON OCASIÓN DEL DINERO RECIBIDO EN EL MARCO DE UN PROCESO (ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS), Nº 265/2020, DE 29 DE MAYO)  
Patricio Arribas Atienza
9. INCIDENCIA DE LA TOXICOMANÍA EN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL SUJETO ACTIVO EN DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 429/2020, DE 28 DE JULIO  
Sacramento Ruiz Bosch
10. EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL. AUTORÍA CONJUNTA, COOPERACIÓN NECESARIA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL  
María Teresa Franco Serrano
11. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS Nº 418/2020 DE 21 DE JULIO DE 2020  
Xènia San José Arévalo
12. LA PRIMERA SENTENCIA DE TRATA DE SERES HUMANOS INTERNA  
Marta Escudero Muñoz
13. ABSENTISMO ESCOLAR EN ÉPOCA DE PANDEMIA  
Rocío Gutiérrez Gallardo
14. EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS  
Raúl López Martínez
15. ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL RIESGO: PRECAUCIÓN, PANDEMIA E INTERVENCIÓN PENAL  
Santiago Javier Granado Pachón

# 01

## SEXTING

### ADORACION AMIGO RODRIGUEZ

Jueza sustituta adscrita al Tribunal de Justicia de Castilla-La Mancha

#### I. SEXTING

El uso de las nuevas tecnologías de la información es cada vez mayor, siendo cada vez más fácil y rápido el acceso y envío de ésta, ya que la mayoría de la población cuenta con un "móvil inteligente", Tablet u ordenador con acceso a Internet, lo que facilita recibir y enviar de forma automática y en tiempo real, mensajes, videos y fotografías.

La proliferación del uso de redes social y del envío de mensajes, vídeos o imágenes de contenido de tipo sexual a terceras personas, que a su vez las difunden a otras, sin la autorización de las primeras, ha tenido su impacto en el Derecho a la Intimidad y desde el punto de vista jurídico, en el ámbito penal.

El Sexting está regulado en el artículo 197.7 del Código Penal y establece que "será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de

la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa"<sup>1</sup>

#### 1. Concepto

**El Sexting consiste en el envío de imágenes o videos de contenido sexual realizadas voluntariamente por su autor, a otra persona que las envía a otros sin consentimiento del autor a través de dispositivos electrónicos.**

Las imágenes o vídeos se realizan voluntariamente por su autor, que las envía a otras personas que a su vez las remiten voluntariamente a otros, siendo visualizadas rápidamente a través de las redes sociales y se basa en la relación de confianza existente entre el autor y el receptor de las imágenes o videos.

<sup>1</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Esta conducta daña a la víctima "por la concurrencia de una quiebra de la privacidad, especialmente porque la difusión en redes sociales implica una pérdida de control sobre las imágenes y, por otra parte, un menoscabo psicológico por la humillación"<sup>2</sup>.

Hay dos tipos de Sexting primario, que consiste en el envío de imágenes comprometidas de contenido sexual entre personas que voluntariamente consienten en ello, formando parte de su actividad sexual que se desarrolla libremente y el Sexting secundario, que consiste en la difusión por quien posee las imágenes, sin el consentimiento del protagonista.

## 2. Origen y evolución

En el artículo 18 de la Constitución Española se garantiza el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el secreto de las telecomunicaciones.

Antes de la reforma del Código penal realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, las conductas de carácter sexual anteriormente mencionadas, que afectan al derecho a la intimidad no estaban reguladas. En el artículo 197 del antiguo Código Penal se requería que la obtención de la imagen o video fuera ilícita para que se produjese la vulneración del Derecho a la intimidad.

**El origen del actual artículo 197.7 del Código Penal, es el caso "Olvido Hormigos"**, consistente en que una mujer envió a su amante un video de contenido sexual que ella misma había grabado con su teléfono móvil y éste lo reenvió y difundió a terceros sin que la mujer prestase su consentimiento. La mujer denunció los hechos por un delito contra el derecho a la intimidad, por la difusión del video, contra el hombre con el que había tenido la relación extramatrimonial y el alcalde de Los Yébenes (Toledo), donde había sido concejala la mujer, porque éste había reenviado el video desde el correo electrónico del ayuntamiento. El Juzgado de Instrucción nº 1 de Orgaz (Toledo), dictó auto de sobreseimiento provisional y archivo, al entender que los hechos no eran subsumibles en el tipo del artículo 197 del Código Penal, por no haberse obtenido de forma ilícita el video. Este caso determinó la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico y que era necesario adaptar el tipo penal a las nuevas realidades sociales, poniéndose de manifiesto en la exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013.

En el Anteproyecto y Proyecto de reforma del Código Penal se introdujo el artículo 197.4 donde se preveía esta figura y con la LO 1/2015 se regula en el artículo 197.7.

## 3. Bien jurídico protegido

<sup>2</sup> GIL TORO, M.A. Los delitos de violencia de género en redes sociales y mediante instrumentos tecnológicos de comunicación. CICTVM Abogados. <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/los-delitos-de-violencia-de-genero-en-redes-sociales-y-mediante-instrumentos-tecnologicos-de-comunicacion/14057/>

**El bien jurídico protegido es la intimidad** “aquella de la que dimana información relativa a datos o hechos de la persona, susceptibles de causar un menoscabo grave en el libre desarrollo de su vida privada si llegara a conocimiento de terceros”<sup>3</sup>.

#### 4. Elementos

##### ***a) voluntariedad***

**Las imágenes y videos se producen por el autor o por otra persona con su consentimiento**, sin que medie coacción alguna, realizándose habitualmente en el ámbito de la pareja y siendo el autor el que primero difunde ese contenido.

##### ***b) utilización de dispositivos tecnológicos***

No sólo es imprescindible el uso de dispositivos tecnológicos, para la comisión del delito, sino que al facilitar el envío hacen incontrolable el uso y redifusión una vez iniciado. Los dispositivos más usados son los teléfonos móviles, especialmente por los menores, pero también se realiza a través de webcam, para su posterior difusión por redes sociales, correo electrónico o servicios de mensajería instantánea, como WhatsApp, siendo muy difícil su eliminación de internet.

##### ***c) el carácter sexual o erótico de los contenidos***

Las imágenes y videos consisten en poses en situación erótica o sexual explícita, no las que sean meramente atrevidas o sugerentes.

##### ***d) naturaleza privada y casera***

Como ya he indicado antes, **se realiza en el ámbito de una relación de confianza, habitualmente dentro de las relaciones de amistad o de pareja**, siendo esta conducta más frecuente una vez que se ha producido la finalización de la relación, en el que uno de los miembros de la pareja difunde los vídeos e imágenes sexuales, que realizó o recibió del otro con la intención de dañar su honor e imagen.

Se tiene que realizar en el domicilio o cualquier lugar fuera del alcance de la mirada de terceros y la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2017 indicaba que "podría incluirse en esta expresión cualquier lugar cerrado, como un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas"<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> "PEREZ CONCHILLO, E. Intimidad y difusión de Sexting no consentido. Tirant lo Blanch, delitos 146. Valencia 2018. ISBN: 978-84-9190-115-0. Pág. 44."

<sup>4</sup> "Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2017-00003>"

## 5. Características

**La mayoría de los supuestos se dan entre menores adolescentes** motivados porque sus parejas se lo piden para generar morbo y excitación, presión social, por un juego, llamar la atención, compromiso o ingenuidad.

**También se produce en el ámbito de la violencia de género**, en tanto que el hombre utiliza las nuevas tecnologías como medio de presión sobre su expareja, para atentar contra su dignidad, al no aceptar la finalización de la relación, dañando su reputación, generando presión psicológica y moral y por tanto afecta a la integridad moral y emocional de la mujer exponiéndola tanto ante sus conocidos como desconocidos.

## II. CONCLUSIONES

El sexting está regulado en el artículo 197.7 del Código Penal y consiste en el envío de imágenes o videos de contenido sexual realizadas voluntariamente por su autor, a otra persona que las envía a otros sin consentimiento del autor a través de dispositivos electrónicos.

El caso "Olvido Hormigos", dio lugar a la inclusión por la LO 1/2015 del artículo 197.7.

El bien jurídico protegido es la intimidad y los elementos son: a) voluntariedad; b) utilización de dispositivos tecnológicos; c) el carácter sexual o erótico de los

contenidos; y d) la naturaleza privada y casera.

La mayoría de los supuestos se producen entre menores adolescentes y en el ámbito de la violencia de género.

## BIBLIOGRAFIA

Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2017-00003>

GIL TORO, M.A. Los delitos de violencia de género en redes sociales y mediante instrumentos tecnológicos de comunicación. CICTVM Abogados. <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/los-delitos-de-violencia-de-genero-en-redes-sociales-y-mediante-instrumentos-tecnologicos-de-comunicacion/14057/>

PEREZ CONCHILLO, E. Intimidación y difusión de Sexting no consentido. Tirant lo Blanch, delitos 146. Valencia 2018. ISBN: 978-84-9190-115-0

PUYOL MONTERO, J. ¿Qué es y en qué consiste el sexting?, Conflegal, 12 de agosto de 2020. <https://conflegal.com/20180810-que-es-y-en-que-consiste-el-sexting/>

## EL SISTEMA PENITENCIARIO NORUEGO, UN EJEMPLO A SEGUIR.

### AMALIA FUSTERO BERNAD

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón



Ocupando la totalidad de la isla de Bastoy (Noruega), se encuentra una prisión de mínima seguridad, sus 115 reclusos se encuentran distribuidos en grupos de cinco, en cabañas equipadas con salita de estar y cocina.

Según su alcaide, es “la primera prisión ecológica del mundo”, una prisión concebida como un pequeño pueblo capaz de auto-sustentarse, donde los internos reciben un sueldo por su el trabajo realizado de lunes a viernes de 8:30 de la mañana a 15:30, realizando tareas como jardinería, agricultura, ganadería... Los internos reciben aproximadamente 6,6 euros al día por su trabajo, además de 117 euros al mes para comida, en total llega a percibir cada interno alrededor de 250 euros al mes, los cuales pueden gastar en la tienda local o ahorrarlo.

Según Arne Kvernvik Nilsen, un ex gobernador de Bastoy, todo es cuestión de actitud y auto-descubrimiento. “La única manera que tenemos de cambiar a la gente es ponerles en una situación en la que el cambio comienza desde su interior. Y eso tiene que empezar descubriéndose uno a sí mismo de una manera nueva, en lugar de verse como un fracaso”.

El objetivo, dice Nilsen, es crear un entorno donde las personas puedan construir su autoestima y reformar sus vidas. La prisión, según Nilsen, les da la posibilidad de ver que son valiosos, “de descubrir que no soy tan mala persona”. En las prisiones cerradas, los internos son tratados como “animales o robots”, dice, pasando de un lugar a otro sin poder decidir dónde estar. Aquí, se obliga a los internos a tomar decisiones, a aprender cómo ser mejores personas.

Con esta idea de prisión se observa que otra forma de ver el sistema penitenciario es posible, y máxime cuando tomamos como referencias cifras como la tasa de reincidencia, el 16 % de los internos de Bastoy, frente al 70 % de Reino Unido o 30% de España.

Y es que Noruega siempre se ha destacado por tener un sistema penitenciario verdaderamente humano, su filosofía puede resumirse en una frase: «Si les tratas como hombres, se comportarán como hombres».

Las cárceles noruegas constan de unas instalaciones que suponen una gran inversión, quizás imposible de sostener para una economía como la española, pero que deberían tenerse en cuenta si el



objetivo de nuestro Estado es disminuir la reincidencia y apostar por la reinserción.

El sistema penitenciario nórdico considera que tanto el centro penitenciario como el trato recibido en él debe parecerse lo máximo posible al tipo de vida y sociedad que se va a encontrar el interno una vez cumpla condena y se reincorpore a la sociedad. Así, en cuanto al primero, en las cárceles nórdicas no nos encontramos con torretas de vigilancia, ni estancias frías debidas al color blanco de sus paredes y el aluminio de sus materiales, en Noruega observamos habitaciones decoradas con madera, y donde las alambradas, de estar, están detrás de una frondosa vegetación.

La Directora de los servicios penitenciarios noruegos explica: "Tratamos cada caso de modo individual. Aquellos en los que la sentencia es más severa, las condiciones de encarcelamiento también pueden ser más duras, es decir, habrá menos relación con los demás reclusos y más restricciones", existe por tanto un grado de reclusión individualizado a cada interno. Así, nos encontramos con distintos tipos de centros desde unos más restrictivos como la de Halden Fengse a otros mucho más abiertos como el de Bastoy, aunque todas coinciden en que cuentan con amplias zonas verdes y estancias cálidas y acogedoras.

En las cárceles noruegas los internos habitan en celdas individuales de 8 metros y medio, y pequeños grupos de presos comparten estancias como baño, ducha, cocina, sala de estar, gimnasio, sala de música y biblioteca. Esto no ocurre con los presos más conflictivos, estos tienen una celda con medio metro menos, y dos estancias más de uso exclusivo. Por lo que

no comparten espacios con otros presos, pues no están en contacto con el resto de internos, solo con los funcionarios del centro.

Respecto al contacto con las familias, los centros penitenciarios cuentan con estancias donde pueden hospedarse la familia del interno, pudiendo el mismo pasar la noche con ellos.

Pero entre todas las cárceles de Noruega, una es la que destaca sobre todas, y es la de Bastoy, los internos de otras cárceles pueden acceder a ella, previa petición, tras haber cumplido cinco años en algún otro centro. Existe una larga lista de espera para formar parte de los 115 internos que conforman Bastoy, una cárcel que ocupa la totalidad de una isla, con acceso por ferri a una hora de la capital nórdica.

La prisión cuenta con 70 funcionarios, solo 35 de ellos van armados, de los que solo cuatro de ellos permanecen durante la noche en la prisión, los demás vuelven a sus casas.

Bastoy no tiene alambradas, es la propia orografía del lugar la que delimita el espacio carcelario, dos kilómetros y medio de terreno rodeado del Mar del Norte. Una isla con numerosas hectáreas de frondosos bosques, lo que facilita a los internos evadirse de la idea de estar presos y se centren en desarrollar una vida con normalidad y cotidianeidad, tendente a continuar una vez que hayan cumplido su pena fuera de la isla. Todos los internos se mueven libremente por la isla, nadie lleva grilletes ni elementos electrónicos que controlen sus movimientos. Los funcionarios no siempre están vigilándoles, de hecho, estos no portan uniforme, por lo

que es difícil diferenciar un guardia de un peligroso delincuente.

Pocos son los prisioneros que quieren escapar de la isla, podrían hacerlo cogiendo cualquier bote del que disponen en la orilla de la playa, pero muy pocos lo han intentado, y de hacerlo les ha resultado fallido, bien porque se enredan en las boyas, bien porque se les ha detenido al otro lado. La tónica general de los reclusos es que no quieren escapar, pues de hacerlo y detenerlos los expulsarían de Bastoy y su condena sería además revisada, perdiendo por tanto todos los beneficios adquiridos y lo que es peor, desaprovechar la oportunidad de acceder a una cárcel tan solicitada como la de Bastoy.

Según el asesor del Ministerio de Justicia Gerhard Ploeg: "Hay extensa evidencia de que la rehabilitación funciona mucho mejor que el castigo para reducir las posibilidades de reincidencia. Todo se hace en pos de la reintegración. No se va a encontrar un día de repente en la calle con la bolsa de plástico con la que ingresó a la prisión."

Aunque resulta evidente que para la administración pública española este cambio dirigido hacia un servicio penitenciario nórdico supondría un desembolso económico imposible de soportar por nuestra nación, bien es cierto que el cambio puede irse realizando poco a poco, quizás en un primer momento realizando pequeños proyectos o módulos piloto en determinadas cárceles con el objetivo primordial de dotar de mayor independencia al interno, conducente a cambiar a los internos desde el interior, dándoles la posibilidad de valorarse y mostrándoles el camino del cambio, todo ello en aras de alcanzar la máxima nórdica de «Si les tratas como hombres, se comportarán como hombres», pues solo así es posible iniciar el camino de la reinserción y la no reincidencia de la población reclusa.



# 03

## PARTICULARIDADES DEL CONCEPTO DE AUTORÍA: DELITOS ESPECIALES, PERSONA JURIDICAS Y DEMAS PROBLEMATICAS

**BERNARDINO DIAZ RODRIGUEZ**

Fiscal sustituto adscrito a la Fiscalía Provincial de Guadalajara

### I. LA AUTORÍA DE LOS DELITOS ESPECIALES

Son aquellos que sólo pueden ser cometidos por una persona sobre la que concurren unas características particulares. El requerimiento de estas características particulares plantea problemas a la hora de establecer el título de imputación.

#### 1. Delitos especiales impropios

Se denominan así los delitos que necesitan que concurren unas

características particulares en la persona que los cometan, existiendo un delito paralelo para cuya comisión no hace falta reunir esas características. Un ejemplo de ellos sería el delito de falsificación de documento público por funcionario (art. 390 Código Penal) y su equivalente delito de falsificación de documento público por particular (art. 392 CP)<sup>1</sup>. Hay un paralelismo en la conducta típica, pero no así en el sujeto activo que puede realizarla. Se plantea en estos casos si debería imputarse al sujeto activo que reúne las características (intranei) el delito especial, y al particular (extranei) que participa (incluso con dominio del hecho, reuniendo todos los elementos

<sup>1</sup> MUÑOZ CONDE, F. & GARCIA ARAN, M., 2019. Derecho penal: parte general 10ª., Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

de la autoría) el equivalente de delito particular. Una parte de la doctrina aboga por mantener en estos casos las reglas generales de participación, manteniendo el principio de unidad del título de imputación. Es decir, el particular respondería por el delito especial pese a no reunir las mencionadas características.

## 2. Delitos especiales propios

En los delitos especiales propios, como puede ser la prevaricación judicial del art. 446 CP, **se requieren que el que cometa el delito reúna las características particulares (como ser juez). Sin embargo, en este caso no existe su correspondiente delito paralelo para particular.** De no mantener la unidad en el título de imputación, el particular que participe en un delito de este tipo quedaría impune al no poder aplicarse el delito de particular paralelo. Si el legislador no ha creado un delito de particular paralelo al especial puede deberse bien a que no es posible dañar el bien jurídico protegido de otra forma, por lo que aplicar el mismo título de imputación podría resultar en una aplicación extensiva de la legalidad vigente que va en contra de los principios del Derecho Penal, particularmente en los casos en los que la participación es más atenuada que en supuestos de coautoría. Por otra parte, no parece lógico ni razonable que alguien con una participación clara y demostrada en un delito resulte impune por no reunir las características de un delito especial.

El Tribunal Supremo ya había encontrado estos problemas, y venía dando solución en

aplicación del principio de proporcionalidad. En esta línea encontramos por ejemplo la STS 6186/2006 que sostiene que el acusado “ni se encuentra, en segundo lugar, en ninguna de las situaciones [...] determinantes de la autoría del delito del art. 535 CP. 1973. Esa es la razón por la que no es punible como coautor, sino con fundamento en las normas de extensión de la punibilidad a los partícipes, es decir las que regulan la participación de cooperadores e inductores. En estos casos, nuestra jurisprudencia ha entendido que al partícipe no cualificado en un delito especial propio debe serle aplicada la pena atenuada con fundamento en el art. 9.10ª CP. 1973”<sup>2</sup>.

El legislador incluyó en la reforma de 2003 el art. 65.3 CP, otorgando la facultad a jueces y magistrados de imponer la **pena inferior en grado para los cooperadores necesarios o inductores que no reúnan las condiciones del delito especial.** En cualquier caso, y pese a estas propuestas de soluciones, siguen existiendo líneas jurisprudenciales y doctrinales que plantean dudas tales como la aplicación de la atenuación en delitos especiales impropios, donde si hay un delito paralelo de particular o si la atenuación aplica también a los CÓMPLICES; QUE NO SE MENCIONAN ESPECÍFICAMENTE EN EL ART. 65.3 CP.<sup>3</sup>

## II. LAS ACTUACIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE PERSONAS JURÍDICAS Y DE LOS QUE ACTÚAN EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE OTROS.

En el art. 31 del CP se recoge cuando responderá personalmente los

<sup>2</sup> STS 6186/2006, de 13 de julio de 2006

<sup>3</sup> DE LA MATA BARRANCO N.J et al, 2019. Derecho Penal Económico y de la Empresa, Editorial Dykinson.

administradores de la persona jurídica. No estamos tanto ante un caso de autoría mediata, definido por MUÑOZ CONDE como “aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona no responsable”<sup>4</sup>, utilizando el concepto pivotal de dominio del hecho como dominio de la voluntad, al tenor de lo dispuesto en el art. 28 CP.

Esta argumentación podría aplicarse a los casos en los que tanto administradores como representantes utilicen a su representado como medio para la comisión de un delito. En efecto, El art.31 reafirma que, pese a no concurrir las circunstancias en el representante o administrador, podrá aun así ser sujeto activo. Esto, junto con el dominio del hecho permite la imputación a título de autor, evitando los posibles problemas de impunidad.

### III. LA AUTORÍA DE LOS DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS O SOPORTES DE COMUNICACIÓN MECÁNICOS

El derecho constitucionalmente recogido a la libertad de expresión encuentra una de sus vertientes en el art. 30 CP: “En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.”

Seguidamente, el artículo establece una responsabilidad que la doctrina llama “en cascada”, es decir, “queda excluida la responsabilidad de los que se citan en los siguientes números, que, en cambio, deberán responder faltando los anteriores. Se responde, por consiguiente, de forma escalonada, subsidiaria y excluyente.”<sup>5</sup> En su apartado segundo establece esta lista consecutiva para la subsidiariedad: autores, directores de la publicación, directores de la empresa editora, etc.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha venido a matizar esa responsabilidad escalonada, de manera que no es suficiente “que no aparezca autor conocido del texto criminal para hacer per se responsable criminalmente al director, sino que habrá de exigirse para la aplicación del art. 15 una culpabilidad en el conocido subsidiario, y que ha tenido que tener una cooperación de autoría en el hecho a título de dolo o culpa.” (STS 657/1992, p.4)

<sup>4</sup> MUÑOZ CONDE, F. & GARCIA ARAN, M... Derecho penal: parte general 10ª., Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 2019, Pág.463.

<sup>5</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. 2015 (n.d.). Lecciones de Derecho Penal (Parte General). Tirant lo Blanch. Pág.207.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Desde el año 2010 las personas jurídicas en España pueden ser penalmente responsables en el artículo 31 bis que establece los requisitos para declarar esta responsabilidad penal. El principio tradicional sostenía que las personas jurídicas no podían cometer delitos (*societas delinquere non potest*). Sin embargo, la complejidad actual de las sociedades y su capacidad manifiesta para cometer abusos que entran en el terreno penal, ha vencido ese principio clásico.

Las penas de las personas jurídicas y físicas no son alternativas, sino cumulativas. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física no se aplican a la pena impuesta para la persona jurídica. Sin embargo, con las causas de justificación no se debe hacer esta distinción, ya que no afectan tanto las circunstancias personales sino al propio hecho. Se predicen erga omnes, y por tanto no tendría sentido que fuera simultáneamente causa de exención y lo contrario<sup>6</sup>.

El legislador ha querido introducir un eximente particular de aplicación a las personas jurídicas, independientemente de la vía de imputación por la que se esté argumentando, y que vuelve a enlazar con esa especie de exigencia de diligencia debida que se predica con los modelos de organización y gestión. **Si la persona jurídica estaba dotada de mecanismos preventivos, se la considerará exenta, sin perjuicio de los delitos que sean**

**imputables en su seno a las personas físicas.**

Relacionado con la atenuación de la pena está el art. 31 ter CP, en su apartado primero. El legislador así asegura que se respeta el principio de proporcionalidad e incluso el bis in ídem, ya que establecer una distinción excesivamente estricta entre la responsabilidad de la persona física y la de la persona jurídica puede dar lugar a casos donde se confundan los patrimonios de ambas, resultando entonces la persona física castigada en exceso por dos vertientes de una misma serie de actos. El Tribunal Supremo establece que "en una primera aproximación interpretativa no parece que el mandato de modulación autorice ni para cancelar respecto de uno de los sujetos la multa (suprimir es mucho más que modular); y, ni siquiera, para rebasar por debajo los mínimos establecidos. El tope de la modulación será imponer el mínimo. No es posible forzar el sentido del precepto hasta el punto de consentir un vaciamiento de la penalidad de la persona jurídica o de la persona física."<sup>7</sup>

En cuanto a qué **personas jurídicas pueden ser sujeto de responsabilidad penal, hay que remitirse a un concepto ajeno al Derecho Penal como es la personalidad jurídica**. Para aquellos que no reúnan esta condición, el art. 129 CP dispone una serie de penas facultativas que el juez o tribunal podrán imponer.

El art. 31 quinquies CP enumera aquellas personas jurídicas que pese a tener personalidad no pueden ser sujeto de

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F. & GARCIA ARAN, M., 2019. Derecho penal: parte general.

<sup>7</sup> STS 887/2020, de 12 de marzo de 2020.

responsabilidad penal, que son distintas manifestaciones de personalidad sometidas a Derecho Público (Administraciones, el Estado, entidades que ejerzan potestades públicas y también entidades públicas empresariales).<sup>8</sup>

## V. CONCLUSIONES

Los delitos especiales sólo pueden ser cometidos por una persona en la que concurren unas características particulares. En los delitos especiales impropios, existe un delito paralelo para cuya comisión no son necesarias esas características y los propios no existe un delito paralelo por lo que si participa un particular como coautor se le aplica la pena atenuada.

En el artículo 31 del CP se recoge cuando responden personalmente los administradores de la persona jurídica.

En los delitos cometidos a través de medios o soporte de comunicación mecánicos, no responden criminalmente los cómplices ni quienes los hubieren favorecido, estableciéndose una responsabilidad "en cascada".

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está regulada en el artículo 31 bis del CP. A la persona jurídica se le puede aplicar la eximente si está dotada de mecanismos preventivos.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE LA MATA BARRANCO, N.J. et al., 2018. Derecho penal económico y de la empresa, Dykinson.
- MUÑOZ CONDE, F. & GARCIA ARAN, M., 2019. Derecho penal: parte general 10ª., Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. 2015 (n.d.). Lecciones de Derecho Penal (Parte General). Tirant lo Blanch.

<sup>8</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.J et al, 2019. Derecho Penal Económico y de la Empresa.

# 04

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 272/2020: COMPLIANCE, DENUNCIA ANÓNIMA Y WHISTLEBLOWER

**JOANA RUIZ SIERRA**

Profesora del Instituto Valenciano de la Administración Pública

**Resumen.** Son conocidas las represalias por denunciar determinados delitos (por ejemplo: de corrupción, medio ambiente, estafa ...) en España o en nuestro entorno, respecto a personas jurídicas de carácter público o privado. Es por ello habitual que se realicen denuncias anónimas. El presente trabajo es un esbozo que muestra los instrumentos para facilitar las denuncias en el ámbito de las personas jurídicas y tratar de proteger a los denunciantes en estos supuestos. El difícil equilibrio entre derecho de defensa, presunción de inocencia y la protección del denunciante.

### I. Introducción.

La Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo (TS) en su sentencia 272/2020, de fecha 6 de febrero de 2020, ha dado validez a la **denuncia anónima** como el origen de una investigación interna llevada a cabo por la empresa y por los agentes de la autoridad. Es una sentencia novedosa en nuestro derecho procesal y penal pero consecuente con el momento actual, tras la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los compliance, la preocupación de la Comunidad Internacional ante la corrupción y otros delitos en los que se encuentra involucrado empresas o trabajadores de la misma, la posibilidad de denunciar y el temor a represalias por el denunciante. El TS se ha pronunciado sobre la figura del **Whistleblower** o el denominado "informante", y la necesidad de su protección.

### II. Qué significa whistleblowing y whistleblower.

El Whistleblowing se refiere al canal, al vehículo para denunciar, mientras que el Whistleblower es el sujeto que formula la denuncia.

*Whistleblowing<sup>1</sup> "...como un mecanismo adicional para que los empleados puedan denunciar incumplimientos internamente a través de un canal*

<sup>1</sup> Martínez Saldaña/Abril Martínez/Rodríguez Celada/Reyes Rico; La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos; Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 53-2019, pp. 24-68



*específico. Es un complemento de los canales de información habituales de la organización, tales como los representantes de los trabajadores, los mandos directivos, el personal de control de calidad o los auditores internos, cuya función es precisamente denunciar esos incumplimientos.”*

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE de 26.11.2019), define al Whistleblower o denunciante en el artículo 5 apartado 7, como ... *persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales; Y en la exposición de motivos (apartado 47) (...) Al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público, dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad (...)*

### III. Marco jurídico.

Como he expuesto en el apartado anterior el “canal de denuncias interno” o, también denominado Whistleblowing y el denunciante, ha sido incluido en la **Directiva (UE) 2019/1937** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, su objetivo es tratar de facilitar vías de denuncia y proteger a las personas que denuncian esos hechos. Destacar que la Directiva protege a las personas con independencia de que su

información sea calificada (en España) como penal o de otro orden jurisdiccional.

Con las **reformas del Código Penal (CP) en el año 2010 y 2015**, se reguló la responsabilidad penal de las personas jurídicas y como las mismas podían exonerarse de responsabilidad o autoprotegerse mediante los compliance. Recordemos que con el establecimiento de los compliance o conjunto de normas de carácter interno (de organización y gestión), la empresa busca mitigar el riesgo de comisión de delitos y de exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados (así se define en las Sentencias del Tribunal Supremo 316/2018 de 28 junio de 2018, y Sentencia 365/2018 de 18 julio 2018). El artículo 31 bis Código Penal da (entre otras medidas) legitimación para la creación de un sistema de denuncias interno, propio de la persona jurídica (punto 4 del art. 31bis.5 CP). Con ello, se recoge que uno de los elementos fundamentales del compliance es establecer ese canal o sistema de denuncias interno. Ahora bien, el CP no aclara si cabe denuncias internas anónimas, si es obligatorio mantener la confidencialidad del denunciante, o que garantías adoptar para impedir represalias para éste.

Qué dice nuestra **Ley Procesal Penal**, a la vista de la regulación de la denuncia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 266, 267 y 268 parece no tener cabida la denuncia anónima. Aunque como también ha afirmado nuestra jurisprudencia tampoco la prohíbe, véase la STS 318/2013, de 11 de abril, donde literalmente se cita a la STS 1335/2001, de 19 de julio de 2001: “...la cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la

*investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima (...) deba ser contemplada con recelo y desconfianza. Sin embargo, **al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse a limine su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias ..., prefieren preservar su identidad..., el Juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación, prima facie, de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito.***

El artículo 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal, únicamente prevé el rechazo de la denuncia cuando ésta fuese “manifiestamente falsa”, o cuando los hechos denunciados no revistieren caracteres de delito. En otro caso, el Juez deberá proceder a comprobar los hechos denunciados.

En cuanto a la **legislación de protección de datos**, tanto para el denunciante como para los que son objeto de denuncia en los canales de whistleblowing. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales, resulta esencial los principios de confidencialidad y de minimización del dato (para formular denuncias) artículo 5.1.c del Reglamento

(UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Sobre la denuncia anónima realizada por whistleblowing, se admite y es lícita, artículo 24.1 de la Ley.

Para terminar este apartado, la Fiscalía General del Estado dictó la **Circular 1/2016**, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Literalmente en su punto 5.3 admite esos canales de denuncia, la necesaria confidencialidad y el deber de proteger al denunciante: “(...) *La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias*”.

#### **IV. Jurisprudencia nacional e internacional.**

En la sentencia que nos ocupa **STS 272/2020**, de fecha 6 de febrero de 2020, la empresa en cuestión carecía de un programa de compliance, afirmando en su fundamento de derecho segundo y décimo,

que de haber existido se habría dificultado la comisión de estos hechos delictivos, donde son los propios empleados de la empresa, los que cobran comisiones a terceros, perjudicando a su propia empresa, y beneficiándose ellos mismo. No hubiera sido necesaria la denuncia anónima. Tras ello, el TS admite el uso de denuncias anónimas para la detección de los hechos de carácter delictivo siempre que sean corroborados (los hechos delictivos) con la investigación posterior, de la empresa y de la policía.

Sentencias del **Tribunal Constitucional** (TC), en relación a la protección al whistleblower (propias del orden jurisdiccional social, donde se suele despedir al denunciante), en las que se ha apreciado que pueden existir represalias, y por tanto lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, o del derecho a la libertad de información (STC 6/1988, de 21 de enero con relación al grupo PRISA) o de expresión (STC 146/2019, de 25 de noviembre) despido disciplinario de un trabajador por criticar la gestión empresarial del centro de trabajo en el que prestaba su servicio.

También el **Tribunal Europeo de Derecho Humanos** en Sentencia del caso Kostovski vs. Holanda, de 20 de noviembre de 1989 y en la Sentencia del caso Windisch, de 27 de septiembre de 1990 han admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. El equilibrio entre derecho de defensa y protección de los confidentes, testigos anónimos.

## V. Conclusión.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no reconoce la denuncia anónima, viene exigiendo que quien interponga una denuncia se identifique; pero tampoco la prohíbe expresamente, de forma que las autoridades (sea juez, policía...) que reciben una denuncia anónima debe iniciar la investigación.

Nuestra jurisprudencia ha reconocido a la denuncia anónima como un mecanismo hábil de recepción de la notitia criminis. Ello permite iniciar la investigación para la comprobación de los hechos que se denuncian.

La denuncia anónima no puede ser una prueba de cargo ni el fundamento y base para acordar medidas limitativas de derechos y libertades fundamentales.

Esta sentencia del TS pone en valor la utilidad de los compliance, de los whistleblower y whistleblowing, y acaba otorgando validez a la denuncia anónima ante la falta de aquellos. Nos recuerda la resolución que de haber existido un programa de cumplimiento (FJ 2) *“en este caso hubiera cortado la comisión de estos hechos, aunque sin que su ausencia, por falta de medidas de autoprotección, derive en una exención de responsabilidad penal, como se propone en este caso por el recurrente”*.

Para finalizar una pequeña crítica a la situación actual en España, puesto que pese a lo positivo del whistleblowing y whistleblower, no hay un tratamiento de conjunto, multidisciplinar, una **previsión general**, al contrario, disponemos de una regulación dispersa pese al reconocimiento nacional como internacional. Situación que entiendo que se le pondrá fin tras esta Directiva y su transposición.

### **Bibliografía.**

Encinar Del Pozo, M. A., Delitos de corrupción en los negocios : programas de compliance e investigaciones internas; Cuadernos Digitales de Formación, núm. 32-2016

García Moreno, B., Whistleblowing y canales institucionales de denuncia, Manual de cumplimiento penal en la empresa (direct. Nieto Martín; Lascurain Sánchez; Blanco Cordero), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

Martínez Saldaña/Abril Martínez/Rodríguez Celada/Reyes Rico; La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos; Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 53-2019

Montiel, J. P., "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, n.º 40, 2013

Sieber, U., "Los programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica" traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, del original "Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität", en Festschrift für Klaus Tiedemann, Colonia, 2008

[www.boe.es](http://www.boe.es)

[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

[www.coet.in](http://www.coet.in)

[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)



# 05

## **COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 141/2020, DE 13 DE MAYO: Utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización. Injerencia del derecho a la intimidad y la obligada ponderación de intereses en conflicto**

**JUAN ANTONIO FLECHA MUÑOZ**

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Reseñas:

- 1.El Tribunal Supremo declara que la utilización de dispositivos de localización global por satélite (GNSS) implican una injerencia en el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española.
- 2.La utilización de dispositivos de localización global por satélite y de cualesquiera otros de seguimiento de personas y/u objetos, requiere autorización judicial mediante auto en el que se habrá de ponderar la concurrencia de los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad que conforman los presupuestos de legitimidad exigidos para la validez de esa injerencia.
- 3.El juicio de ponderación exigible para la concesión de una autorización judicial para la utilización de un dispositivo de localización y seguimiento por parte de los agentes policiales, tendrá la cualificación de reforzado a los efectos de valorar su credibilidad, verosimilitud y suficiencia.
- 4.El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite la legalidad de la utilización de las fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo.

## I. INTRODUCCIÓN.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 141/2020, de 13 de mayo, de la que fue Ponente, Manuel Marchena Gómez, contiene, al hilo de la resolución de un recurso de casación interpuesto contra las sentencias que, tanto en la instancia como en apelación, afirmaron la responsabilidad penal del recurrente como autor de un delito de tráfico de drogas, una detallada y a la par sencilla y didáctica digresión acerca de la afectación que, para el derecho constitucional a la intimidad de las personas, tienen las medidas de investigación policial dirigidas a determinar, mediante la colocación de dispositivos electrónicos de seguimiento y balizamiento, la localización geográfica, puntual e ininterrumpida, de una persona sujeta a investigación, los requisitos procesales que han de habilitar, por razón de esa injerencia, la adopción de esa medida y la obligación de que en esta concurren los principios que la legitiman.

## II. LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS DE LOCALIZACIÓN DE NAVEGACIÓN POR SATÉLITE Y SU INJERENCIA EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

A partir de la relación de hechos que fueron objeto de enjuiciamiento ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León en el mes de noviembre de 2017, en la que se presenta la actuación de una persona a la que se le acusa por la comisión de un delito de tráfico de drogas, concretamente cocaína, concretada en una actividad de transporte de esa sustancia desde la población de Villagarcía de Arosa en la provincia de Pontevedra hasta la leonesa de Ponferrada, contando para ello con la complicidad de otro individuo y en la que constituyó como elemento esencial para la interceptación y detención de los acusados la colocación por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS)<sup>1</sup>, el Tribunal Supremo declara, sin atisbo de duda, la injerencia que dicho medio de investigación produce en el derecho fundamental a la intimidad que garantiza el artículo 18.1 de la Constitución Española.

Y decimos que se despeja toda duda sobre ese particular en la medida en que la propia resolución comentada hace ver cómo las de la misma naturaleza dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre<sup>2</sup>, que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la redacción del artículo 588 quinquies, apartados b y c, no

<sup>1</sup> Las siglas GNSS constituyen el acrónimo de la expresión “Global Navigation Satellite System”. Se trata de una constelación de satélites que proporcionan señales desde el espacio para proporcionar datos de posición y tiempo a los receptores situados en tierra que son los que interpretan la información para determinar la localización de un objeto o persona en tiempo real. Por definición, el sistema GNSS ofrece una cobertura global de todo el planeta, lo que consigue a través de la red satelital propia de cada Estado o conjunto de estos. En Estados Unidos, la información proviene del sistema USA’s NAVSTAR Global Positioning System (GPS); en Europa del llamado GALILEO; en Rusia, del Russia’s Global’naya Navigatsionnaya Sputnikovaya Sistema (GLONASS); en China, del China’s BeiDou Navigation Satellite System; en India, del Indian Regional Navigation Satellite System (IRNSS) y en Japón, del Quasi-Zenith Satellite System (QZSS). <https://www.gps.gov/systems/gnss/>. <https://www.gsa.europa.eu/european-gnss/what-gnss>

<sup>2</sup> Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. BOE nº 239, 06/10/2015.

atribuían a la utilización de esa clase de dispositivos y de otros semejantes que, en todo caso tuvieran por finalidad conocer “el lugar exacto -presente, pasado o futuro- en el que podía hallarse una persona”, idoneidad suficiente para interferir en el derecho constitucional mentado.

Interpretación esta que se indica encuentra acomodo en la indefinición que, sobre la cuestión, ofreció la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 2 de septiembre de 2010 (*caso Uzun contra Alemania*) que, no obstante declarar *prima facie* que la vigilancia mediante GPS y el tratamiento y utilización de los datos derivados de ella suponían una injerencia en la vida privada del afectado proscrita en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, entendía que esta era de menor intensidad que la generada como consecuencia de la interceptación de las comunicaciones, por lo que no resultaba aplicable, *mutatis mutandi*, la jurisprudencia elaborada sobre esta, lo que, consecuentemente, excluía los criterios particularmente restrictivos que regían para estas, entre ellos el de la exigencia de autorización judicial para su adopción<sup>3</sup>.

Con tan significativo precedente, la sentencia examinada hace un repaso a los pronunciamientos más significativos en la materia que, en la línea fijada por ese tribunal supranacional, no advierten la concurrencia de ningún conflicto entre la adopción de una medida de investigación de tal etiología y el derecho fundamental. Tesis conclusiva que alcanzan mediante el empleo de dos postulados discursivos: el primero, de naturaleza podríamos aducir que meramente cuantitativa, para el que parten de una hipotética comparación de lesiones, de tal manera que coligen escasamente relevante la surgida de una inmisión por razón de ese método de investigación policial en relación con la que resulta de “otros métodos de seguimiento acústico o visual (...) que pueden revelar informaciones sobre la conducta de una persona, sus operaciones o sus sentimientos” (STS 789/2013, de 5 de noviembre)<sup>4</sup>. El segundo y atendiendo a la semejanza de los hechos que constituían el supuesto fáctico que soportaba la mayoría de las resoluciones citadas, esto es, SSTS 523/2008, de 11 de julio<sup>5</sup>; 55/2007, de 23 de enero<sup>6</sup> y 562/2007, de 22 de junio<sup>7</sup>, al tratarse de la colocación de balizas de seguimiento de embarcaciones en el mar, considerando que tales actividades quedan enmarcadas en el ámbito de las denominadas “*diligencias de investigación, legítimas desde la función constitucional que tiene la policía judicial, sin que en su colocación se interfiera en un derecho fundamental que requeriría la intervención judicial*”.

<sup>3</sup> Véase al respecto el comentario que de la sentencia del TEDH relacionada se contiene en el estudio titulado El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado, publicado por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 628-661. Octubre 2018, pp. 25-26.

<sup>4</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, S 21-10-2013, nº 789/2013, rec. 8/2013. Ponente: Maza Martín, José Manuel.

<sup>5</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, S 11-07-2008, nº 523/2008, rec. 2167/2007. Ponente: García Pérez, Siro Francisco.

<sup>6</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, S 23-01-2007, nº 55/2007, rec. 10048/2006. Ponente: Maza Martín, José Manuel.

<sup>7</sup> Sentencia Tribunal Supremo (Penal), sec. 1ª, S 22-06-2007, nº 562/2007, rec. 2138/2006. Ponente: Martínez Arrieta, Andrés.

La sentencia analizada, sin embargo, fija la pauta interpretativa que ha de guiar la labor del operador jurídico a partir de la reforma procesal antes citada, de tal modo que, en todo caso, se habrá de considerar que aun admitiéndose posibles graduaciones en la afectación que los poderes públicos, en la persecución de los delitos, pueden inferir con su actividad al derecho a la intimidad de las personas, de tal manera que su seguimiento y localización en algunas ocasiones se revele como una mera *“ventaja operativa a los investigadores”*, en otras podrá ofrecer información que afecten a datos imbricados en su personalidad (*“núcleo duro de la intimidad”* dice la sentencia) y que, por tanto, invadan las reservas que esta impone y la Constitución protege, cual sucede con *“la asistencia a actos públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto (...), la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o la permanencia en un centro sanitario”*.

Ante esas injerencias, la sentencia destaca como, en todos los casos, se requiere, para la adopción por los agentes policiales de unas medidas de esa clase, de una autorización judicial, bien prestada en forma ordinaria y *ex ante*, conforme a las prescripciones contenidas en el artículo (artículo 588 quinquies b) apartado 1º), bien a modo de convalidación *ex post* de lo inicialmente actuado por aquellos cuando concurren las razones legales que habilitan para ello (apartado 4º del mismo precepto). Mas, en todo caso, con sujeción, en el procedimiento de decisión, a los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad que han de ponderar los contradictorios intereses en conflicto por más que, como advierte dicho pronunciamiento *“la nueva regulación no mencione la exigencia de que el acto jurisdiccional habilitante sea el desenlace de un juicio de proporcionalidad”*.

### **III. EL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA LA UTILIZACION DE LOS DISPOSITIVOS: INCIDENCIA DE LA DENUNCIA ANÓNIMA.**

La sentencia objeto de análisis, conforme lo ya dicho, sostiene la necesidad de que el órgano judicial que deba decidir sobre el acuerdo de ejecución de una medida de investigación como la examinada, lleve a cabo un reflexivo proceso de ponderación de los intereses en litigio que, habitualmente y en líneas generales son dos: por un lado, la necesidad de persecución de los delitos, particularmente de aquellos considerados graves y que incluso encuentran un sujeto pasivo tan extenso e indeterminado como es la colectividad en el caso de los delitos de tráfico de drogas y, por otro, la injerencia, afectación o, a último, menoscabo que la satisfacción de aquella necesidad puede generar en los derechos fundamentales de quien presuntamente es partícipe en el hecho delictivo. Y en ese difícil equilibrio, en el que necesariamente uno de los intereses habrá de claudicar en pos del éxito del contrario, la necesidad que fuerza a los agentes policiales a solicitar la utilización de dispositivos de seguimiento y localización, no puede ampararse, según declara la Sentencia, en una confidencia anónima y otros elementos de corroboración tan débiles como lo son, para el caso concreto, la constancia de antecedentes policiales en la persona afectada por la medida así como la prueba de la realización de unos viajes con iguales puntos de salida y destino que los que propiciaron la investigación policial y su ulterior condena.



El Tribunal recuerda que, cuando se trata de denuncias anónimas, el juicio de ponderación requiere de una valoración mucho más exhaustiva y detallada que permita inferir “su verosimilitud, credibilidad y suficiencia” a los efectos de permitir, con ella, “la incoación de un proceso penal”. Sólo cuando ese refuerzo analítico permita colegir que la relación argumental en que se basa la confidencia supera cualquier sospecha de parcialidad, interés espurio o fabulación interesada, es cuando, dice el Alto Tribunal podrá “hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo”.

Doctrina jurisprudencial esta que no sólo arrastra una larga trayectoria sino que, además, se sostiene en la sentencia se ve secundada por los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989<sup>8</sup>, sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990)” y por las interpretaciones efectuadas por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción n° 3/1993<sup>9</sup> que abogan por la prudencia a la hora de valorar la puesta en conocimiento de unos hechos “cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo”.

## BIBLIOGRAFIA.

- Del Carpio Delgado, Juana. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. Revista Penal, n° 19, 2007. Universidad Pablo de Olavide.
- El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado, PE 628-661. Octubre 2018.
- <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>.
- <https://www.gps.gov/systems/gnss/>.

<sup>8</sup> Un análisis detallado sobre el contenido de la sentencia relacionada, se puede encontrar en Del Carpio Delgado, Juana. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los Tribunales Penales Internacionales ad hoc. Revista Penal, n° 19, 2007. Universidad Pablo de Olavide, p.35.

<sup>9</sup> Instrucción n° 3/1993, de 16 de marzo. El Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto de sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como *notitia criminis*. Fiscalía General del Estado. <https://www.fiscal.es/documentaci%C3%B3n>.

# 06

## EL DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS DEL ART. 197, 1 y 2 DEL CP. ANÁLISIS DE LA STS 412/2020, DE 20 DE JULIO

**MARÍA JESÚS MUÑOZ COMPANYY**

Abogada, Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

### RESUMEN:

El incremento en el uso masivo de las redes sociales ha modificado de modo muy relevante la forma de relacionarse entre los individuos en un nuevo escenario en el que resulta fundamental la transformación del papel desempeñado por la intimidad de aquellos. Esas mismas redes sociales actúan como canal de exposición o de comunicación (en abierto o a círculos más o menos restringidos de destinatarios -en privado, con la autorización del sujeto-) de la propia intimidad (fotos, vídeos, gustos, actividades, etc.) El delito de revelación de secretos protege dicha intimidad y está teniendo una importante repercusión en el ámbito de la pareja, sobre todo cuando ésta entra en crisis conyugal, siendo un comportamiento que se da con relativa frecuencia, con la consecuente vulneración de dicho derecho fundamental, reconocido en el art. 18 CE. La reciente STS 412/2020, de 20 de julio recoge de forma muy detallada los elementos y requisitos de este delito, como vamos a analizar a continuación.

### I.INTRODUCCIÓN.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se incluyen en el Capítulo I del Título X del Libro II del CP bajo la rúbrica de los *“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”*, que engloba tipos delictivos que en el Código precedente se encontraban distribuidos en diferentes Títulos, por caso el de descubrimiento y revelación de secretos entre los delitos contra la libertad y seguridad; la revelación de secretos e informaciones entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; y de otro, las interceptaciones de telecomunicaciones y las escuchas ilegales, entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes. Es acertada al respecto la crítica efectuada por POLAINO NAVARRETE<sup>1</sup> cuando afirma que: “Tal simplificación temática no se ve acompañada, en cambio, por una sistemática estructuración ni por un

<sup>1</sup> CARMONA SALGADO, C., GONZALEZ RUS, J.J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M., PORTILLA CONTRERAS, G., Curso de Derechos Penal español, Parte especial I, Dir. COBO DEL ROSAL, M., Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 396.

adecuada sustantivación de las diversas figuras delictivas que en el Capítulo se incluyen, antes bien la inarmónica concentración operada, de manera un tanto irracional en el seno de un título legal heterogéneo, genera contradicciones que no son sólo metódicas, sino que revelan importantes deficiencias valorativas, expresadas en desigualdades punitivas y en lagunas de incriminación”.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, modifica esta regulación a consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2013/40/UE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Pero, como indica la Circular FGE 3/2017<sup>2</sup>, las novedades incorporadas en los tipos penales concernientes a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos obedecen también a la voluntad del Legislador de ofrecer respuesta penal ante determinados comportamientos, concretamente los relacionados con la divulgación de imágenes o grabaciones de una persona que, aun obtenidas con su consentimiento, se difunden contra su voluntad afectando gravemente a su intimidad personal<sup>3</sup>.

**La LO 1/2015, de 30 de marzo, modifica la regulación del delito de revelación de secretos, introduciendo las indicaciones impuestas por la normativa comunitaria en este delito.**

En el marco de las relaciones de pareja y a la vista del notable incremento del uso de las redes sociales, las diferentes formas de comisión de este delito de revelación de secretos han aumentado igualmente a un ritmo verdaderamente importante en los últimos años, y más aún, cuando esa pareja se rompe y aparecen terceras personas en el ámbito personal de uno de los miembros de aquella. Como establece el TC en STC 127/2003, de 30 de junio, la intimidad es el derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o qué hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Con éste, se garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, ya que a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o

<sup>2</sup> Circular FGE 3/2017 de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, FIS-C-2017-00003, [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

<sup>3</sup> Siendo la última reforma, la operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que tipifica en el apdo. 7 como nuevo delito los supuestos en los que se obtengan imágenes o grabaciones de otra persona con su consentimiento pero que se divulguen contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad. Se pretende dar respuesta al fenómeno denominado *sexting*, consistente en fotografiarse en actitud provocativa para enviar las imágenes a alguien de confianza. Desde hace varios años, este hecho se va extendiendo entre los jóvenes gracias a las redes sociales y a aplicaciones de mensajería efímera. Esta práctica puede causar graves daños psicológicos a los jóvenes, que en la mayoría de los casos desconocen el destino final de sus fotografías íntimas. Casi un 10 % de los jóvenes de entre 10 y 16 años han recibido fotos cargadas de erotismo, el problema viene cuando el que las recibe decide difundirlas entre amigos o colgarlas en Internet. SÁNCHEZ MELGAR, J., Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Sepín, 2016, p. 1491.

supuestos, de su vida privada personal o familiar.

Puede afirmarse<sup>4</sup> que ningún tipo de relación familiar (paternofamiliar, matrimonial, etc.) comporta una causa de justificación o excusa absolutoria que exima de responsabilidad para quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona la intimidad de la otra persona.

Para que quede clara esta idea, la STS de 14 de mayo de 2001<sup>5</sup>, de la que fue Ponente Diego Ramos Gancedo, analiza esta cuestión, partiendo de que, esencialmente, la defensa del acusado giró sobre la idea de que la intimidad de su esposa no había sido lesionada porque el derecho a la intimidad que ampara el art. 18.1 CE tiene una doble dimensión: personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel derecho porque los hechos imputados afectarían únicamente a una familia. Y sobre esta base, y que el art. 68 CC impone a los cónyuges el deber de guardarse fidelidad, la infidelidad no formaría parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro, pues por la libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial dejaría fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/ obligación de fidelidad, concluyendo que

en el seno del matrimonio, el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro, de donde resultaría que, proyectándose la conducta del acusado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido. Sin embargo, el TS entendió que el razonamiento de la defensa resultaba manifiestamente insostenible e inaceptable, pues esa invocada “familiaridad” de la intimidad no autorizaba en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia, siendo estos dos los bienes jurídicos protegidos por el delito de revelación de secretos del art. 197, 1 y 2 del CP.<sup>6</sup>

**El hecho de que exista, o haya existido, una relación familiar entre los sujetos activo y pasivo, no conlleva la aplicación de excusa absolutoria alguna, ni cualquier otra causa de justificación de esta conducta.**

<sup>4</sup> DE LAS HERAS VIVES, L., Divorcios y obtención de pruebas: advertencias para no cometer un delito de descubrimiento y revelación de secretos, <https://idibe.org/tribuna/divorcios-obtencion-pruebas-advertencias-no-cometer-delito-descubrimiento-revelacion-secretos/> consultado el 31/08/2020.

<sup>5</sup> Los hechos fueron los siguientes: X con el objetivo de verificar si su esposa, Y, le era infiel, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el aparato situado en el dormitorio del domicilio familiar. Tras interceptar varias comunicaciones, hizo oírlos a dos personas para demostrarles que, al igual que ellos, conocía las infidelidades de su esposa. Además, X participó a su médico psiquiatra parte del contenido de las cintas magnetofónicas.

<sup>6</sup> Si bien el art. 197.1 se ubica en el Capítulo I del Título X del Libro Segundo del CP, bajo la rúbrica de “Del descubrimiento y revelación de secretos”, lo cierto es que tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídica penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 18 CE como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo (STS 1641/2000, de 23 de octubre). SÁNCHEZ MELGAR, J., Código Penal, 2016, p. 1491. Véase igualmente, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente), Revista de Internet Derecho y Política, nº 27, septiembre 2018, [www.uoc.edu/idp](http://www.uoc.edu/idp)

## II. DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS. ANÁLISIS DE LA STS 412/2020, DE 20 DE JULIO.

La reciente **STS 412/2020, de 20 de julio**<sup>7</sup>, de la que es Ponente Andrés Palomo del Arco, estudia el delito de revelación de secretos tanto del apartado 1 como del apartado 2, que es el que se aplica finalmente a los hechos enjuiciados, en contra del criterio de la defensa. Analizaré los elementos del delito referido, partiendo de los distintos razonamientos que efectúa la Sala en este supuesto.

Para ello, considero importante centrar los **hechos** de los que partimos, para poder entender mejor el razonamiento efectuado por la Sala II: el acusado, aprovechando que el dispositivo móvil que su expareja utilizaba estaba vinculado a una ID asociada a correo electrónico cuyo administrador era el recurrente, accedió a los servicios

vinculados a esa cuenta con dos fines muy concretos:

- enterarse del contenido de la información almacenada por la mujer en su móvil, para ejercer sobre ella un cierto mecanismo de control, llegando incluso a descargarse alguna foto almacenada por la víctima en su terminal, que llegó a exhibir a terceras personas; e,
- impedir que la que fue su esposa pudiera disponer de esos datos, para lo que formateó, borrándola, toda la información contenida en ese teléfono.

El recurrente, sin embargo, lo concreta únicamente, en haberse descargado una fotografía y haber formateado el citado dispositivo móvil.

El TS distingue dentro del art. 197 1º y 2º:

<sup>7</sup> Hechos probados: "Probado y así se declara expresamente que, como consecuencia de las tensiones generadas tras la ruptura de la relación matrimonial que el acusado, C, mantenía con L, aquél, con la doble intención, primero, de estar al cabo de la calle de la información almacenada por la mujer en su terminal de telefonía móvil, para ejercer sobre ella un cierto mecanismo de control y, después, de impedir que la misma pudiese disponer de esos datos, y como quiera dicho teléfono, de la marca Iphone, estaba vinculado a una ID, asociada a un correo electrónico cuyo único administrador era el inculpado, lo que le permitía conocer las claves de acceso a sus servicios, el mismo, en fecha sin determinar, pero en torno a Junio de 2016, accedió, hasta el punto de llegar a descargarse para su propio uso alguna foto almacenada por la víctima en su terminal, que llegó a exhibir a terceras personas, para luego y al fin, en fecha 11 de Julio de 2016, formatear, borrándola, toda la información contenida en dicho teléfono; información que la perjudicada sólo pudo recuperar de la "icloud" meses más tarde, después de desplegar denodados esfuerzos y tras lograr autenticarse como titular de los correspondientes datos.

No ha quedado, en cambio, acreditado que, durante su relación sentimental, el acusado gustase de dirigirse a la mujer en términos de desprecio, que la golpease, que la amedrentase con causarle males o que profiriese contra la misma constantes improperios y sí, todo lo más, que en el seno de ese matrimonio se produjesen discusiones, algunas de ellas cierto que subidas de tono".

El acusado fue condenado como autor de un delito de revelación de secretos del art. 197. 2 del CP en concurso ideal con otro de coacciones del art. 172. 2 del mismo texto legal en grado de consumación y con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, mixta, como agravante, de parentesco, a la pena de tres años y diez meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de veinte meses, con una cuota diaria de seis euros con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, así como una prohibición de aproximación, a menos de 200 metros, a L, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otros lugares frecuentados por la misma, así como de comunicar con ella por cualquier medio durante cinco años.

1. la tipificación del apoderamiento de documentos (papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros) y de efectos personales (art. 197.1 CP); donde la doctrina incluye: las conductas de desplazamiento o traslación física de la cosa -del soporte en el que se encuentra la información o el hecho reservado-; la retención de lo recibido por error; el copiado, fotografiado o reproducción del objeto; e incluso la sola captación intelectual del soporte, siempre que no fuere involuntaria y muy especialmente, si media remoción previa de algún obstáculo de acceso -romper el sobre, por ejemplo-;

2. la tipificación del control audiovisual clandestino (también en el art. 197.1 CP), por medio de:

a) la interceptación de telecomunicaciones (acceder a la comunicación de otros sin interferir en la prosecución de la misma); o de

b) la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación - como pueden ser el telefax o internet-;

3. la tipificación de los abusos informáticos sobre datos reservados de carácter personal o familiar automatizados (registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos); u obrantes en cualquier otro tipo de archivo público o privado (art. 197.2 CP), donde a su vez distingue:

a) el apoderamiento (que parece implicar traslación de datos: impresión, transmisión, fotocopiado), utilización o modificación en perjuicio de tercero;

b) el acceso por cualquier medio y la alteración o utilización en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En todas las modalidades reseñadas se requiere que el que ejecuta esa conducta lo haga “sin estar autorizado”; y en cualquiera de las recogidas en el art. 197.1 se exige además un específico ánimo subjetivo: que lo haga “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”.

Por tanto, concluye la Sala II, son **múltiples** las **conductas** que pueden ser subsumidas en estos dos primeros apartados del art. 197 CP, pero sin que sea posible predicar de un modo absoluto para todas ellas, unos mismos e inalterables requisitos típicos exigidos, pues los elementos objetivos y subjetivos previstos, se presentan con múltiples variantes; y ejemplo son tanto el correo electrónico, elemento violentado por el recurrente en este supuesto, con la intención de perjudicar y controlar a la que fue su pareja, aprovechándose del acceso que tenía a la clave de ID del mismo; como las fotografías, elemento del que se apropió el acusado una vez accedió al contenido del dispositivo móvil, por la vía ya expuesta.

El Magistrado Ponente indica que las **acciones nucleares** previstas en el apartado 2º del art. 197, son las siguientes:

- *apoderarse*: la traslación de los datos (impresión, transmisión, fotocopiado...) a otro soporte para su posesión;

- *utilizar*: hacer uso de los datos, emplearlos o aprovecharse de los mismos; lo que no comporta necesariamente su aprehensión física;

- *modificar*: transformar o cambiar los datos;

- *acceder*: entrar o tener acceso a los datos, por quien ab initio no está autorizado;
- *alterar*: dañar o estropear los datos; y,
- *utilizar* (con el mismo sentido en ambos incisos).

Por tanto, la conducta de *acceder* "por cualquier medio" incluye el acceso físico desde el propio sistema que los contiene, bien venciendo los mecanismos lógicos (contraseña u otras claves de acceso) y físicos de seguridad, bien con engaño del empleado, encargado o responsable del fichero, por procedimientos telemáticos, etc. Por lo que, se concluye que los comportamientos tipificados en el primer apartado del art. 197 CP, frente a los tipificados en el apartado segundo, mantienen una zona de confluencia, especialmente en relación con las conductas de apoderamiento documental y apoderamiento de datos e incluso con el mero acceso, dadas las formas asimiladas de apoderamiento espiritualizadas, consistentes en la captación intelectual del contenido; donde pueden concretarse supuestos susceptibles de tipificarse por ambos párrafos, en concurso de normas, lo que es congruente con los bienes jurídicos respectivamente tutelados en ambos párrafos, intimidad y privacidad, cuyo ámbito igualmente conforma círculos secantes.

**Tanto el apartado 1º como el 2º del art. 197 recogen una variedad de conductas típicas y dentro de sus elementos tienen cabida tanto el correo electrónico como fotografías realizadas y almacenadas por la víctima. Igualmente, entre ambos preceptos, existe una zona de confluencia o de coincidencia que habrá que delimitar caso por caso.**

Finalmente, y frente al argumento de que el sujeto que realiza la conducta descrita en el apartado 2 del art. 197, ha de ser un "intrañei" (es decir, la persona responsable del tratamiento de los datos en cuestión), afirma que el art. 197.2 CP, no tiene por objeto sancionar el deber de sigilo del responsable -en sentido amplio- del tratamiento de datos, sino de la autodeterminación informativa del titular de los datos, que igualmente resulta vulnerada, si es una persona ajena al fichero, "extraneus o outsider" el que se apodere, altere o modifique los datos personales. Esta conducta encuentra pleno acomodo típico e igual desvalor cuando recae sobre fichero tutelado por el propio titular de los datos que sobre fichero custodiado por tercero, tanto desde la consideración del bien jurídico tutelado, la privacidad del titular de los datos, como de la descripción del comportamiento sancionado en la norma penal. Para los "intrañei" se menciona la conducta de apoderamiento, en el sentido de desplazamiento posesorio; pues el acceso puede tenerlo autorizado; mientras que para el "extraneus" -como ocurre en el presente supuesto-, se alude al mero acceso, conducta previa al apoderamiento y además, como puede tener por objeto ficheros de ámbito personal, concreta en aras de eludir la exigencia de una coincidencia entre "sus" ficheros y "sus" datos (que aparece en el 197.1) que la actuación puede ser en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

En el presente supuesto, el recurrente realiza la conducta tipificada en el apartado 2 del art. 197, porque:

- accede de forma incontestada, por "extraneus" a la usuaria del móvil, aunque indebido "intrañei" desconocido para

esta usuaria en el momento de configuración del dispositivo, a los archivos generados por los servicios de Apple utilizados por ese móvil;

- se trata de archivos informáticos, estructurados de conformidad con las diversas modalidades de organización que cada servicio o aplicación posibilita;

- son ficheros de obvio contenido personal y reservado, como pueda ser la relación de la perjudicada con su nueva pareja.

- y todo ello, como indicaba al principio, con la doble intencionalidad de desvelar esos datos para disponer de un mecanismo de control sobre su aquella; y a su vez, impedir que ella pudiera disponer de los mismos, en redoblada injerencia en su privacidad.

**Puede ser sujeto activo del delito tanto quien esté a cargo del tratamiento de los datos en cuestión, (“intrañei”) como quien, no estándolo, se apodere de ellos (“extrañei”).**

Al recurrente se le condena también por un delito grave de coacciones (en concurso ideal), al haber quedado acreditada su intención de control de su anterior esposa, junto con la de imposibilitarle el acceso a toda la información que guardaba aquella en su dispositivo de almacenamiento masivo de datos. Considera la Sala II que se trata de una coacción grave porque el recurrente consigue cercenar el desarrollo de las relaciones personales y familiares de la perjudicada, al privarle de todo contenido habido en el terminal móvil de aquella. Y el hecho de que posteriormente lograra recuperar dichos archivos no implica que el delito no se cometiera, teniendo en cuenta además que fue un proceso difícil y que perduró varios meses.

**En los supuestos de relaciones matrimoniales en crisis, se suele acompañar el delito de revelación de secretos, con delitos de violencia de género, como las coacciones o las amenazas.**

## BIBLIOGRAFÍA

CARMONA SALGADO, C., GONZALEZ RUS, J.J., MORILLAS CUEVA, L., POLAINO NAVARRETE, M., PORTILLA CONTRERAS, G., Curso de Derechos Penal español, Parte especial I, Dir. COBO DEL ROSAL, M., Marcial Pons, Madrid, 1996.

Circular FGE 3/2017 de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, FIS-C-2017-00003, [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

DE LAS HERAS VIVES, L., Divorcios y obtención de pruebas: advertencias para no cometer un delito de descubrimiento y revelación de secretos, <https://idibe.org/tribuna/divorcios-obtencion-pruebas-advertencias-no-cometer-delito-descubrimiento-revelacion-secretos/>

SÁNCHEZ MELGAR, J., Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia, Madrid, Sepín, 2016.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente), Revista de Internet Derecho y Política, nº 27, septiembre 2018, [www.uoc.edu/idp](http://www.uoc.edu/idp)





07

## COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO, N ° 141/2020 DE 13 DE MAYO DE 2020, REC. 2749/2018 SOBRE COLOCACION GPS Y DISPOSITIVOS TECNOLOGICOS EN VEHÍCULO A RAIZ DE DENUNCIA ANONIMA

**PATRICIA MEDINA PÉREZ**

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

La Sentencia analizada considera que la colocación de un dispositivo de seguimiento por GPS tiene una injerencia en los derechos fundamentales de los investigados, que requiere de especial protección al amparo del art. 18.3 de la CE, y que debe ser ponderado debidamente, en relación con la finalidad perseguida de conformidad con lo dispuesto en el art. 588 quinquies b) y c) LECrim. Asimismo, considera en esta resolución el Alto Tribunal que la geolocalización de una persona atenta contra la libertad deambulatoria de aquella, pues al señalar los puntos donde acude, puede mostrar una radiografía de su culto religioso, opciones sexuales o cuestiones médicas que atañen a la intimidad personal del sujeto. Y en base a este argumento, considera que una confidencia anónima no basta para autorizar la colocación de una baliza o dispositivo de seguimiento en una investigación por un supuesto tráfico de drogas. Por todo ello, absuelve a un hombre que fue condenado por la Audiencia Provincial de León a 4 años de prisión por un delito contra la salud pública en el que se colocó un GPS en su vehículo.

En mi opinión, cabría esperar que el Tribunal Supremo, casase la sentencia y anulase la condena del sujeto si el dispositivo de geolocalización referenciado se hubiese instalado sin la previa autorización judicial de conformidad con la normativa señalada

en el párrafo precedente. Sin embargo, lo relevante de este caso, es el hecho de que si existió resolución que autorizó la colocación del dispositivo, y que ahora considera insuficiente los indicios que tuvo en cuenta el Juzgador a quo para emitir dicha resolución.

El Auto que autorizó la instalación del dispositivo de seguimiento se basó en los siguientes indicios:

a. Denuncia anónima

b. Antecedentes policiales por tráfico de drogas

c. Comprobación mediante fotogramas de la DGT de la realización del trayecto del investigado de Villagarcía de Arosa a Ponferrada.

La Guardia Civil recibió una denuncia anónima y constató la veracidad de la misma, con los medios referidos, por lo que no es nada irracional conforme a la sana crítica, abrir una investigación para comprobar la licitud de los hechos denunciados. En caso contrario, desdeñar una denuncia de plano, sería contrario al ordenamiento jurídico nacional y europeo que obliga a la investigación de los hechos delictivos. Además, en este caso, el Ministerio Fiscal emitió informe favorable que avaló la adopción de la medida de investigación.

En nuestra legislación no existe ningún precepto que regule que configura el “*concepto de indicios razonables*”, ni mucho menos tenemos una lista de casos tasados. Las únicas reglas que tenemos en cuanto a prueba indiciaria se refieren son los veinte criterios que fija el Tribunal Supremo en STS 532/2019, de 4 de noviembre, Rec. 10207/2019, si bien estas reglas son criterios que han de seguirse para considerar suficiente la prueba indiciaria para dictar una sentencia condenatoria. Nada habla nuestro Alto Tribunal de qué clase de indicios se debe tener en cuenta a la hora de dirigir la instrucción penal y acordar la practicas de diligencias de investigación por ser potestad del Juzgador a quo en virtud de la independencia judicial que ostentan y conforme a la legislación vigente y su sana crítica.

En el caso que nos ocupa, en mi opinión existieron indicios razonables, pues el atestado conforma una denuncia de un delito y es obligación de los Jueces y Tribunales apoyados por la Policía Judicial, la averiguación de los hechos, con el uso de los medios válidos en Derecho. Una baliza es un dispositivo de localización global por satélite (GNSS). La utilización de un dispositivo de seguimiento de geolocalización únicamente registra cuando arranca y cuando se detiene un vehículo informando de su ubicación. Estos datos se pueden hacer de modo personal mediante vigilancia personal de los agentes, por lo que el uso de medios tecnológicos para esta tarea, hace que se proteja la seguridad de los agentes en la investigación y se pueda realizar con menos personal dada la escasez de efectivos para este tipo de trabajo. Hasta la fecha, nuestro Alto Tribunal había avalado la validez de este tipo de seguimiento sin que considerase que existía una intromisión a la intimidad. Véase al efecto, la STS942/2004, de 22 de julio, STS 562/2007, de 22 de junio; 523/2008, de 11 de julio, y 906/2008, de 19 de diciembre o la STS 798/2013, de 5 de noviembre.

También podemos señalar que por nuestros Tribunales, en la jurisdicción social, consideraban válida la práctica de algunas empresas de colocar dispositivos GPS en los vehículos empresa a fin de geolocalizar a sus trabajadores por motivos de seguridad y para cerciorarse del cumplimiento de sus funciones.

Como ejemplo, la Sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, nº 260/2014, de fecha 21 de marzo de 2014**, que declara que *“la posibilidad de conocer en todo momento, mediante un sistema de geolocalización que permite un continuo y permanente seguimiento del vehículo durante su uso, no sólo el posicionamiento de éste por razones de seguridad, sino también el lugar exacto en donde se halla el trabajador y, a su vez, el posterior tratamiento de los datos obtenidos con una finalidad completamente distinta de la anunciada y, por ende, sin conocimiento del conductor, hacen que las conclusiones extraídas merced a este dispositivo tecnológico y su aportación como medio de prueba en sede judicial para demostrar un pretendido incumplimiento contractual constituyan un procedimiento que lesiona los derechos fundamentales de constante cita”* Se apoya esta prerrogativa del empresario en la facultada que le otorga el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores para adoptar las medidas oportunas para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de sus trabajadores, siempre que estas medidas sean comunicadas al trabajador para que tenga conocimiento de aquellas y no vulneren la dignidad de aquellos.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, nº 1706/2012 de 5 de marzo, rec. 5195/2011 manifiesta que: “No se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador con la instalación de un dispositivo de GPS en el vehículo que la empresa ponía a su disposición para realizar el trabajo ni por el seguimiento por medio de un detective privado. Estos

controles se empezaron a activar tras tener noticias la empleadora de que éste incumplía su jornada y horario y después de advertirle de que se iban a tomar medidas más oportunas de vigilancia, que se llevaron a cabo durante la jornada laboral, es decir durante un tiempo en que el trabajador está a disposición del empresario para el cumplimiento de sus funciones” Mismo sentido, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, nº 328/2015 de 23 de marzo, rec. 1775/2014.

Cabe destacar igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Secc. 2ª, nº 319/2019 de fecha 5 de marzo de 2019, rec. 129/2019 que absuelve a un detective condenado a prisión por un delito contra la intimidad por la colocación de un dispositivo de seguimiento GPS en el vehículo de la persona que era objeto de su investigación.

Sin embargo, con la resolución analizada el Tribunal Supremo cambia de criterio y considera una intromisión en la vida personal e intimidad de la persona. La meritada resolución recoge expresamente: *“La intimidad como valor constitucional adquiere importantes matices axiológicos en función del alcance y la intensidad de la intromisión que cada uno de esos instrumentos tecnológicos permita. Sin embargo, tal forma de razonar **no puede llevarnos a banalizar el acto de intromisión estatal que la utilización de un GPS representa en el círculo de derechos fundamentales de cualquier ciudadano. No faltarán los casos en que el conocimiento del lugar exacto en que se halla una persona se limite a otorgar una ventaja operativa a los investigadores. Pero son también imaginables espacios de ubicación que pierden su aparente neutralidad para precipitar una radiografía ideológica o religiosa del investigado. La asistencia a actos***

***públicos de una determinada formación política, el seguimiento de actos de culto de una u otra confesión religiosa, la presencia en centros de ocio expresivos de la opción sexual del investigado o, en fin, la permanencia en un centro sanitario para cualquier intervención quirúrgica, son datos personales que pueden afectar al núcleo duro de la intimidad y quedar al descubierto si no se protege adecuadamente al ciudadano frente a la tentación de los poderes públicos de extremar injustificadamente los mecanismos de injerencia. La Sala, por tanto, no puede avalar un entendimiento de la utilización de dispositivos de geolocalización que relativice su potencial eficacia invasora en la intimidad del investigado”***

Además, llama la atención que precisamente considera nuestro Alto Tribunal como decimos que con la geolocalización se puede realizar un análisis de la ideología, consideración sexual o sanitaria del sujeto, en el mismo tiempo que por el INE se ha realizado un estudio de movilidad durante el Estado de Alarma derivado de la crisis sanitaria de Covid- 19 y que en fechas muy próximas, en el BOE de fecha 28 de marzo de 2020 se publicó la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, por la que se encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el desarrollo de diversas actuaciones para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, entre ellas, la creación de la app “radar covid”. En mi opinión, tanto el estudio como la app, dado que analizan nuestra geoposición, hacen igualmente ese análisis ideológico, y de tendencia sanitaria o sexual, sin una orden judicial y se considera legal, por lo que, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo aquí expuesta, y a cuyos argumentos me remito por razones de espacio, vulnerarían nuestra

intimidad personal y el derecho a la vida privado.

Por otra parte, de la resolución analizada vemos que considera los indicios delictivos insuficientes para concluir que se pueda adoptar una medida de investigación tecnológica en atención al principio de proporcionalidad que debe regir en la materia. Sin embargo, no desarrolla el grado de incidencia que está permitido dentro de la esfera privada para poder acordar este tipo de medidas. Hubiese sido una buena oportunidad para desarrollar más el concepto de proporcionalidad y de gravedad de los hechos.

Quisiera terminar mi análisis manifestando que nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 87/2020, de 20 de julio, que aplica la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, manifiesta que es obligación de los Tribunales la realización de una mínima investigación con la realización de las diligencias suficientes, sin que se pueda archivar de plano o con una investigación deficiente. En esta resolución, aunque habla en especial en los delitos de violencia de género, la podemos extrapolar a la totalidad del ámbito penal en su obligación legal de perseguir e investigar los delitos que se produzcan en el seno de cada partido judicial. No debemos olvidar, que el delito investigado en el caso de la sentencia analizada era un delito contra la salud pública, del art. 368 del CP, que es un delito público de carácter grave, el cual debe ser perseguido de oficio, dado que el Estado debe velar por la paz social y

seguridad jurídica proporcionando herramientas útiles por la evitación de estos tipos delictivos. Por ello, considero que el Auto autorizante, cuya nulidad estimó nuestro Alto Tribunal, debió ser considerado válido por el mismo. En mi opinión, con esta resolución, se abre la puerta a la posible solicitud de anulación de otros supuestos similares. Como sucedió cuando la Sentencia 145/14, de 22 de septiembre del Tribunal Constitucional<sup>1</sup> que anuló la legalidad de unas grabaciones y su uso en el juicio por la aplicación analógica del antiguo art. 579 de la LECr, que era la práctica habitual de nuestros Tribunales, lo que supuso una inseguridad jurídica no solo para el caso enjuiciado en ese recurso, sino para el resto de procesos que habían obtenido una autorización judicial análoga al caso objeto de casación.

Y para finalizar, en mi opinión, es importante la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en un Estado Social Democrático de Derecho como el que vivimos, pero un cambio de criterio totalmente opuesto a los pronunciamientos anteriores, hace que se dificulte la labor de los Tribunales, y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la investigación de determinados delitos. Asimismo, se crea cierta inseguridad jurídica, no sólo en cuanto a la utilización de dispositivos de geolocalización, y en la aplicación práctica de las medidas tecnológicas del art. 588 quinquies, sino que la inseguridad jurídica se crea desde el concepto de “indicio suficiente” para la investigación de cualquier tipo delictivo.

<sup>1</sup> Sentencia nº 145/14, de 22 de septiembre del Tribunal Constitucional “Es doctrina constante de este tribunal que aunque la literalidad de dicho precepto (artículo 18.3 CE) puede inducir a pensar que la única garantía que establece inmediatamente la Constitución es la exigencia de autorización judicial, un análisis más detenido de la cuestión pone de manifiesto lo contrario, ya que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que incida directamente sobre su desarrollo o limite o condicione su ejercicio, precisa, además, de una habilitación legal. Esa misma jurisprudencia dispone que la reserva de ley constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, lo que implica exigencias con respecto del contenido de la ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate, pero que en todo caso determinan que el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, esto es, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho. Profundizando en esa exigencia, en la sentencia del Tribunal Constitucional 169/2001, de 16 de junio, sostuvimos, con abundante cita de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias, que “la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad”. (Rodríguez-Ramos Ladaria, Gabriel; Díez Riaza, Sara, Litigación penal: visión sistemática y actual del proceso, Wolters Kluwer España, 2017, pág. 98)

# 08

## LA APROPIACIÓN INDEBIDA POR ABOGADO O PROCURADOR CON OCASIÓN DEL DINERO RECIBIDO EN EL MARCO DE UN PROCESO (ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS), N° 265/2020, DE 29 DE MAYO)

**PATRICIO ARRIBAS ATIENZA**

Letrado de la Administración de Justicia

Reseñas:

- 1.El Tribunal Supremo ha fijado los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo de apropiación indebida de un modo diáfano, poniendo el acento no tanto en la incorporación al patrimonio propio sino en no darle el destino pactado.
- 2.La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha fijado la distinción entre la apropiación indebida y la administración desleal según la apropiación se pretenda definitiva en el primer caso o se trate de un mero abuso en el segundo.
- 3.La doctrina del “punto sin retorno” expuesta por el TS, determina el momento a partir del cual el sujeto activo de la apropiación indebida ya no podrá entregar el dinero y se considerara incurso en el tipo penal, o dicho de otro modo, a partir de qué momento la apropiación resulta definitiva, lo cual necesariamente será una cuestión de prueba en el caso concreto.
- 4.No es aplicable la figura civil de la compensación en las relaciones entre Abogado y Procurador con sus clientes, ni estos tienen un derecho de retención sobre las cantidades que puedan cobrar en el proceso, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo.

### I. TIPIFICACIÓN

La regulación de la apropiación indebida la encontramos en el Código Penal en su título XII, Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y dentro de este en su capítulo VI dedicado a las defraudaciones, donde se recoge en diferentes secciones, además de la apropiación indebida, la estafa, la defraudación de fluido eléctrico y análogas y la administración desleal, de la que convendrá diferenciarla.

Para algunos autores como RODRIGUEZ DEVESA<sup>1</sup>, esta sistemática en la que se incluye la apropiación indebida entre las defraudaciones es absolutamente

<sup>1</sup> RODRIGUEZ DEVESA, JM, Derecho Penal español, parte especial, 13° ed, Dykinson, Madrid 1990, p 402.

inadecuada, por cuanto considera que no tiene nada en común con ellas, salvo el perjuicio del sujeto pasivo.

El Código Penal recoge concretamente dos tipos;

El artículo 253 del Código Penal (CP) castiga a los que, en perjuicio de otro, se apropiare para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negare haberlos recibido.

El precepto recoge un tipo básico, otro privilegiado cuando la cuantía de lo apropiado no excede de 400 euros y un tipo agravado junto con otro híper agravado cuando la apropiación recae sobre determinados tipos de bienes o circunstancias coincidentes con los previstos en el artículo 250 del CP.

Por su parte el artículo 254 del CP castiga, a quienes fuera del supuesto anterior, se apropiaren de una cosa mueble ajena.

En este caso también prevé un tipo privilegiado por razón de la cuantía inferior a 400 euros y un tipo agravado en el caso que se trate de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

En ambos casos conforme al artículo 269 del CP, también se castigan las resoluciones manifestadas de voluntad.

<sup>2</sup> Artículo 615, principalmente que dispone;

El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiese conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio.

Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, a satisfacer los gastos.

<sup>3</sup> STS, Sala 2ª 547/2010 de 2 de junio.

En el segundo de los preceptos mencionados, del que no me ocuparé en este artículo, encajan entre otros, el supuesto de apropiación de cosas perdidas, que conforme al Código Civil (CC), requieren de una puesta a disposición del propietario, sin perjuicio del posible premio por el hallazgo o, de tratarse de cosas de dueño desconocido a disposición de la Administración por un tiempo<sup>2</sup>.

## II. ELEMENTOS DEL TIPO

Centrándonos en el artículo 253 del CP que es el tipo en que pueden incurrir la conducta del Abogado o Procurador que se queda para sí el dinero recibido en un proceso con objeto de entregarlo a sus clientes, fijaremos los elementos del tipo, siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo nº 265/2020, de 29 de mayo.

Tengamos primero en cuenta que en el precepto se comprenden dos conductas diferentes la apropiación de cosas no fungibles, como efectos, valores o cualquier otra cosa mueble y la distracción de dinero o cosa fungible.

En el último caso, como indica el TS<sup>3</sup> *la acción típica no consiste tanto en incorporar el dinero recibido al propio patrimonio - puesto que por el mero hecho de haberlo recibido legítimamente ya quedo integrado en él si bien de forma condicionada- sino en no darle el destino pactado, irrogando un perjuicio en el patrimonio de quien, en virtud del pacto, tenía derecho a que le dinero le fuere entregado o devuelto.*

## 1. Elemento objetivo.

Lo constituyen, según la sentencia reseñada, los siguientes conforme a doctrina reiterada;

a) *Que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o por cualquier título que fije la finalidad con que se entrega, produciendo la obligación darle un determinado destino o de devolver otro tanto de la misma especie y calidad;*

b) *Que el autor ejecute un acto sobre el dinero recibido que resulte ilegítimo, en cuanto que exceda de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado. Cuando, como en este caso, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia sostiene que integran esta exigencia los actos de disposición del dinero más allá de lo autorizado en el título de recepción (STS 162/2013, de 21 de febrero o 338/2014, de 15 de abril) y con vocación definitiva (SSTS 622/13, de 9 de julio o 691/14, de 23 de octubre); esto es, cuando la actuación no consiste en la gestión infiel de un patrimonio orientada al beneficio abusivo propio o de un tercero y con quebranto o perjuicio del interés del cliente, sino que directamente reflejan un comportamiento ajeno a la actividad de gestión y directamente encaminado a achicar los fondos del perjudicado y dirigirlos al patrimonio que el sujeto activo ha decidido engrosar; y*

c) *Que como consecuencia de este acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual normalmente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.*

## 2. Elemento subjetivo.

Diremos, igualmente siguiendo la mencionada sentencia, que se concreta en la voluntad consciente de realizar los elementos objetivos del tipo. Lo cual resulta

coherente con las teorías actuales del delito que encajan el dolo con el elemento objetivo del tipo. Es decir, el sujeto activo conoce y quiere realizar la conducta descrita en el tipo.

En este caso el sujeto conoce que el dinero recibido obliga a su restitución, devolución o entrega a su cliente y no obstante pretende incorporarlo a su propio patrimonio en perjuicio de aquel.

Como remarca en dicha sentencia el TS, *el ánimus rem sibi habendi se integra, como ya hemos adelantado en el fundamento anterior, por tener conciencia de que se ostenta la mera posesión de la cosa y desear transgredir el deber de retorno a su propietario mediante un acto que suponga la negación de la propiedad, esto es, desconocer las facultades de aprovechamiento y disposición inherentes al dominio de la cosa ( SSTS 841/06, de 17 de julio; 707/12, de 20 de septiembre o 648/13, de 18 de julio, entre muchas otras), para ser indebidamente ejercidas por el simple poseedor.*

## III. DISTINCIÓN DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA CON LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL.

Conviene diferenciar ambas figuras, dado los a veces difusos límites entre una y otra figura, más teniendo en cuenta su regulación a lo largo de la historia de los diferentes códigos penales.

El factor determinante para la diferenciación entre una y otra figura lo encontramos en las consecuencias o carácter que adquiere la apropiación, de modo que tratándose de dinero la conducta pudiera incluirse en ambos tipos delictivos, pero conforme al mencionado criterio, cuando se disponga del dinero en perjuicio del titular con carácter definitivo, encajará la conducta en el tipo de la apropiación indebida y por el contrario cuando no se produce la pérdida definitiva del dinero, sino que el sujeto activo esta,

digamos, abusando de esa disponibilidad del dinero para su provecho, nos encontraremos ante el tipo de administración desleal.

Esto queda así determinado desde la reforma 1/2015 del CP, al extraer desde entonces, la administración desleal por distracción de dinero del ámbito de la apropiación indebida, al tiempo que mantiene en el ámbito de este tipo, la apropiación del dinero por el sujeto en las condiciones especificadas en el precepto.

Así lo explica el TS en su STS 700/16 de 9 de septiembre, *que la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes, sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal). En consecuencia en la reciente reforma legal, el nuevo art. 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida acoge los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art. 252 y ahora en el art. 253, ambos del CP.*

#### **IV. LA DOCTRINA DEL “PUNTO SIN RETORNO”**

Es importante en el delito que examinamos determinar el punto de inflexión o momento a partir del cual se podrá considerar que el sujeto activo se ha apropiado definitivamente de la cantidad que debía entregar.

Esta doctrina se plantea en el ámbito de la apropiación consecuencia de dinero recibido

por error, pero pienso que puede tener su aplicación igualmente en la modalidad delictiva de que estamos tratando.

Se hace referencia así hasta aquel momento en que el sujeto podía entregar la cosa sin consecuencias penales y a partir del cual el sujeto se lo apropia con vocación de permanencia y sin intención alguna de entregarlo a su legítimo receptor.

El TS (STS 513/2007 de 19 de junio) expone que en los delitos de apropiación indebida de dinero o cosas fungibles, *el momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no les da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión, y en los supuestos de situaciones de posesión clandestino (en el sentido de que nadie tiene conocimiento de ella, aparte del agente) el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno" hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales; naturalmente habría de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se ha producido la consumación del hecho. Parece claro -dice la STS. 143/2005 de 10.2 - que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, destitución de su cargo de la persona que se ha quedado con una cosa o con dinero, ejercicio de acciones judiciales o societarias por dicho motivo), dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa (o el dinero) a partir de tal instante.*

#### **V. ANALISIS DEL SUPUESTO ESPECÍFICO EN LA APROPIACIÓN POR PARTE DE ABOGADOS Y PROCURADORES.**

Debemos partir de un hecho incuestionable y es que las cantidades que se abonan en el proceso, por principal, intereses y costas (con excepción en el caso de las costas de justicia gratuita) son consecuencia de la existencia de un crédito a favor de la parte litigante y no de los profesionales que



intervienen, si perjuicio del lógico derecho de estos a cobrar sus minutas.

Por tanto, no puede ninguno de estos profesionales, decidir la apropiación de dichas cantidades a su favor si previamente no ha sido autorizado para ello por su cliente.

Ni puede tener cabida en la figura civil de la compensación de deudas, pues obviamente no estamos ante dos acreedores recíprocos, pues nada debe el abogado, por su condición de tal o la prestación de sus servicios al cliente. Como dice el TS, *no se justifica la existencia de un crédito real y vencido.*

Aquí lo que tenemos es una cantidad recibida por el profesional, proveniente de la contraparte, recibida en virtud de su actuación en el proceso y que deben entregar a su defendido o representado.

La sentencia del TS 265/20 que comentamos, deja muy claro *la improcedencia de que, con pretexto de liquidarse los honorarios profesionales y por la voluntad unilateral del abogado o procurador acusado de un delito de apropiación indebida, se intente retener las sumas que el profesional haya podido recibir en nombre del cliente y a las que no se tiene derecho (SSTS 2163/2002, de 27 de diciembre o 123/2013, de 18 de febrero). Solo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7 del Código Penal, lo que no es apreciable respecto de abogados y procuradores en la medida en que el derecho de retención solo se refleja en el Código Civil para el arrendamiento de obra o para el mandato de obra (art. 1600 y art. 1730), quedando excluidos cuando estos contratos se proyectan sobre la prestación de servicios.*

Tampoco existe un derecho de retención a favor del profesional, pues el TS (STS

*117/2007 de 13 de febrero) ha venido negando en alguna ocasión que tal derecho corresponda a los letrados en relación a sus honorarios, de manera que las cantidades que estos profesionales perciban de terceros para entregar a sus clientes en relación con sus servicios profesionales no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideren que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado.*

Por lo que procede incidir en la conclusión, más arriba ya adelantada, los profesionales deben entregar todo el dinero que reciban en el proceso a sus clientes y solo en el caso de que estos les autoricen a detraer una determinada cantidad en cobro de sus minutas podrán hacerlo así. En caso contrario si se apropiaran del dinero definitivamente, lo cual como se ha expuesto en el apartado IV será una cuestión de prueba, podrían incurrir en delito de apropiación indebida.

En cuanto al órgano judicial se refiere, en relación con lo tratado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 467/2006 de 21 de abril, el reintegro de las cantidades judiciales deberá expedirse a favor del beneficiario que, como hemos dicho lo es la parte y no los profesionales intervinientes, obviamente la aplicación de este precepto, hará imposible situaciones indeseables como la que hemos tratado.

Pero téngase en cuenta que, en virtud del mandato, puede darse el caso de que el cobro se efectúe a tercero, sean los profesionales u otros y que desde luego quien escribe estas líneas, cree firmemente en la honradez y profesionalidad de la generalidad de los Procuradores y Abogados.

# INCIDENCIA DE LA TOXICOMANÍA EN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL SUJETO ACTIVO EN DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 429/2020, DE 28 DE JULIO

## SACRAMENTO RUIZ BOSCH

Jueza sustituta adscrita al TSJ de la Región de Murcia

### SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La incidencia del consumo de sustancias estupefacientes en la responsabilidad criminal del sujeto.
- III. La postura jurisprudencial actual sobre modificación de la responsabilidad penal de los toxicómanos sujetos activos de delitos de tráfico de drogas. Especial referencia a la reciente STS 429/2020, de 28 de julio.
- IV. Conclusiones.
- V. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS.

### I. INTRODUCCIÓN

La OMS en su Informe Técnico 116/57 ha definido la toxicomanía como “el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética”, y la dependencia como “el estado de sumisión física o **psicológico** respecto de una determinada droga

resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma” (STS 645/2018, de 13 de diciembre). Este mismo organismo define las drogas como “cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por: 1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica). 2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia). 3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia)” (STS 645/2018, de 13 de diciembre).

Muñoz Conde resalta la indudable importancia de este concepto médico para entender las referencias del Código Penal a las drogas<sup>1</sup>. El Código Penal se refiere a

<sup>1</sup> Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 619.

éstas mediante “una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos” (STS 278/2018, 30 de mayo de 2019).

Siguiendo los pronunciamientos jurisprudenciales (SSTS 282/2004 de 1 de abril; 1071/2006, de 9 de noviembre; 145/2007, de 28 de febrero; 672/2007, de 19 de julio; 16/2009, de 27 de enero; 645/2018, de 13 de diciembre; 278/2018, 30 de mayo de 2019), podemos concluir que para que llegue a tener relevancia en la esfera penal, la toxicomanía o drogadicción debe reunir los siguientes requisitos: 1) Un elemento biopatológico: debe tratarse una persona drogodependiente. Pero sólo la adicción grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal. Además, esta situación o estado de dependencia ha de tener cierta antigüedad o duración en el tiempo, pues este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. 2) Un requisito psicológico: las sustancias han de producir en el sujeto una afectación de sus facultades mentales. 3) Un requisito temporal o cronológico: la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia. 4) Y un requisito normativo: la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo que supondrá que esta adicción tenga cabida en la eximente completa, incompleta o como mera atenuante de la responsabilidad penal.

## II. LA INCIDENCIA DEL CONSUMO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES EN LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL DEL SUJETO

Como indica Heredia Martínez, el marco legal de la exención de responsabilidad penal por el consumo de drogas y sustancias psicoactivas son los artículos 20.2 y 21.1, 21.2 y 21.6 CP<sup>2</sup>. Reiteradamente ha indicado el Tribunal Supremo que las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, como exclusión de la responsabilidad penal, o como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21. 2ª del Código penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21. 6º (STS 278/2018, 30 de mayo de 2019).

Dentro de la esfera de la imputabilidad del sujeto, la drogadicción puede recibir distintos tratamientos (SSTS 21/2005, de 19 de enero; 16/2009, de 27 de enero; 672/2007, de 19 de julio; 145/2007 de 28 de febrero, entre otras muchas): a) Como eximente completa del artículo 21. 1ª CP. Su apreciación sólo será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión. b) Como eximente completa por la vía del artículo 20. 2ª CP. Se apreciará cuando la adicción anule totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, y también cuando el drogodependiente actúa dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, siempre que el

<sup>2</sup> Heredia Martínez, F., Cocaína: epidemiología, clínica y aspectos psiquiátricos forenses, La Ley Penal nº 72, junio 2010. p. (versión *on line* autonumerada).

entendimiento y el querer desaparezcan. c) Como eximente incompleta, excluyendo parcialmente la responsabilidad penal (artículo 21. 1ª CP). En estos casos habrá de darse una profunda perturbación que disminuya sensiblemente la capacidad culpabilística del sujeto, aun cuando éste conserve la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. d) Como propia atenuante de drogadicción por la vía del artículo 21. 2ª CP, que se configura por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad). e) Y, por último, procederá la estimación de la drogadicción como atenuante analógica del artículo 21. 7ª CP cuando la incidencia de la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, o el mero abuso.

### **III. LA POSTURA JURISPRUDENCIAL ACTUAL SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS TOXICÓMANOS SUJETOS ACTIVOS DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA RECIENTE STS 429/2020, DE 28 DE JULIO.**

La STS 429/2020, de 28 de julio, en su fundamento jurídico decimosexto resuelve la reclamación sobre la inaplicación como eximente o como eximente incompleta de la drogadicción. Denuncia la parte recurrente la inaplicación indebida de los artículos 20.2 y 21.1, en relación con los artículos 20.2, 21.2, 21.6 y 66 CP. El Tribunal Supremo, con cita de las SSTS 120/2014 de 26 de febrero; 856/2014 de 26 de diciembre; 866/2015 de 30 de diciembre; 133/2016 de 24 de febrero y 133/2017 de 4 de marzo, explica en esta resolución que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación.

La Sentencia instancia señalaba que el enjuiciado era un supuesto de difusión y venta de sustancias estupefacientes articulado a través de una red de barrio en la que, pese a no dar lugar a un movimiento muy elevado, el recurrente acudía a la importación de cantidades significativas de cocaína desde Brasil, y que ello evidenciaba una clara profesionalización, constatada también con la persistencia de la actividad. El Tribunal Supremo entiende que el razonamiento del Tribunal sentenciador no puede ser tildado de arbitrario o injusto, sino totalmente razonable y ajustado al resultado probatorio, pues realizó una valoración la prueba en relación al consumo de tóxicos por parte del recurrente, y aunque admitió una prolongada trayectoria de consumo de tóxicos, descartó una incidencia en sus facultades relevante para aminorar su responsabilidad, sobre todo en relación a la naturaleza de los hechos, dado que la actividad del acusado no era algo esporádico o temporal, sino una actividad estable desvinculada de su condición de consumidor de drogas, y que constituía su fuente habitual de ingresos, es decir, que el recurrente había convertido el tráfico de drogas su profesión.

Indica el Tribunal Supremo que no es posible modificar la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto para que proceda la aplicación de circunstancias atenuantes, “porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de la responsabilidad de los toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea, de la evidencia de la repercusión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto”. Siguiendo anteriores postulados jurisprudenciales señala

esta Sentencia que, en aquellos casos en que los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia debidos al consumo de drogas, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21. 1 CP. El Tribunal Supremo ha apreciado la eximente incompleta “cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad, aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas (STS 685/2008 de 4 de noviembre)”. Insiste también esta resolución en que la circunstancia del artículo 21. 2ª CP “es una atenuante funcional”, aplicable solo cuando el acusado ha actuado “a causa” de su grave adicción, es decir “condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente”.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Siguiendo los pronunciamientos de la jurisprudencia más actual podemos concluir que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación de la responsabilidad criminal del sujeto.

Y que, por regla general (sin perjuicio, por supuesto, de la valoración judicial del caso concreto), no será posible apreciar una atenuación de la pena cuando el sujeto haya hecho del tráfico de drogas su modo de vida, es decir, cuando haya “profesionalizado” el delito, al no cumplirse el requisito legal de que haya actuado “a causa” de su grave adicción, en palabras de la STS 429/2020, de 28 de julio, “condicionado o acuciado por ella para obtener la sustancia que necesita imperativamente”.

#### **BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADAS**

Heredia Martínez, F., Cocaína: epidemiología, clínica y aspectos psiquiátricos forenses, La Ley Penal nº 72, junio 2010.

Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

STS 645/2018, de 13 de diciembre (Ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

STS 278/2018, 30 de mayo de 2019 (Ponente: D. Eduardo Porres Ortiz de Urbina).

STS 429/2020, de 28 de julio (Ponente: D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García).

STS 21/2005, de 19 de enero (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

# 10

## EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL. AUTORÍA CONJUNTA, COOPERACIÓN NECESARIA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

**MARÍA TERESA FRANCO SERRANO**

Jueza sustituta, adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

### SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN

II.-EVOLUCIÓN HISTÓRICA

III.-EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

IV.- AUTORÍA CONJUNTA, COOPERACIÓN NECESARIA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

V. -CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA

### I.INTRODUCCIÓN

La teoría del bien jurídico en el Derecho penal no es pacífica, existiendo por ello pluralidad de las posiciones metodológicas. No existe un consenso general sobre la misma, e incluso algunos sectores la niegan, pero puede decirse que es mayoritaria la posición de quienes defienden su existencia y su función de límite y orientación del ius puniendi del Estado. La frecuente utilización de esta categoría en las resoluciones del Tribunal Supremo (TS) confirma su plena vigencia. Admitiendo por tanto la categoría, puede afirmarse que el Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos. Para que una conducta pueda tener la consideración de delito es necesario que lesione o ponga en concreto o abstracto peligro a un bien jurídico protegido. El Derecho Penal debe asumir la función de ser última línea de defensa de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad y de sus miembros frente a los ataques más graves. Qué duda cabe que el derecho a la libertad sexual debe ser protegido por el Derecho Penal, al tener alcance constitucional. No obstante, algunos de estos valores van cambiando conforme la sociedad evoluciona y que estos cambios deben tener reflejo en modificaciones de las normas penales.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los cambios en el Derecho Penal Sexual no siempre responden a un cambio de valores en la sociedad. La evolución histórica del bien jurídico protegido en este tipo de delitos, muestra que tradicionalmente, era la moral sexual la dominante. Es importante señalar, y mencionando a CANCIO MELIÁ, *“que los delitos sexuales en su inmensa mayoría son delitos con sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer”*.

Está claro, que esta circunstancia, ha condicionado la evolución del Derecho Penal Sexual. La promulgación de la Constitución española, con sus nuevos valores y con su sistema de derechos fundamentales trae consigo un impacto directo en el Derecho Penal Sexual. La Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983 introduce el título “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. El Código Penal (CP) 1995 consolida esta estructuración del Derecho Penal sexual sobre el pilar de la libertad sexual como bien jurídico protegido, y la LO 5/2010 traerá un importante endurecimiento de los tipos del Derecho Penal Sexual, pero la evolución aún no se ha cerrado, orientándose las últimas reformas en este sentido hacia una mayor protección de la infancia.

El bien jurídico resulta útil en muchos casos para delimitar si dos o más delitos aplicables a un mismo supuesto de hecho deberían regirse por los principios del concurso de Leyes o por los del concurso de delitos.

## III. EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

En la evolución de las reformas en los delitos contra la libertad sexual desde la instauración del régimen constitucional democrático se ha ido desarrollando la idea

de la libertad sexual como un componente innegable de la libertad del individuo protegida constitucionalmente, abandonando así la posición que sostenía un concepto de moral sexual dominante y de la protección de intereses familiares o matrimoniales, ya que se trata de delitos susceptibles de verse afectados por la evolución del pensamiento social como ocurre con los delitos sexuales.

Atendiendo a nuestro orden jurídico, la principal distinción entre el delito de abuso sexual y el delito de agresión sexual estriba en que mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio.

La distinción entre ambos se encuentra regulada en diferentes arts. de nuestro CP. Respecto del delito de violación, podemos decir que no se trata de un delito único y autónomo, sino que es una agravante del delito de agresión sexual.

Cuando las acciones de tipo sexual se repiten, es necesario diferenciar entre los casos de unidad, llamada natural, delictiva, de aquellos en que la unidad es solamente jurídica, punibles conforme a las pautas del artículo (art.) 74 del (CP) y, los supuestos en que cada uno de esos actos es constitutivo de un correlativo delito (concurso real de delitos). La diferencia entre las dos últimas ha sido abordado por el Tribunal Supremo en la STS 374/2009 de 10 de marzo.

La unidad del sujeto activo y pasivo, como elemento del delito continuado, unidad de sujeto pasivo, no se exige en el art. 74 del CP: *“Quedan exceptuadas.....salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos*

*casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”*

#### IV. AUTORÍA CONJUNTA. COOPERACIÓN NECESARIA. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A los coautores se refiere el art. 28 del CP cuando dice, que son autores quienes realizan el hecho conjuntamente, debiendo entenderse con Mir Puig, que esta expresión supone no sólo la ejecución conjunta, sino también que se efectúa de mutuo acuerdo.

En la determinación de cuándo la cooperación es necesaria (art. 28.b del CP) y cuándo no lo es (art.29 del CP), se oponen una concepción abstracta y una concreta. La doctrina dominante se inclina por la concepción concreta, y la jurisprudencia, considera la cooperación necesaria si, una vez suprimido mentalmente el acto cooperador, el resultado no se produce y llegando a afirmar, que lo que distingue al cooperador necesario del cómplice, no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen, sino la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores (STS 434/2007 de 16 de mayo), y en la diferenciación con el coautor, que la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte directa en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo ( STS 1361/2009 de 22 de diciembre).

Se hace necesario analizar la evolución de la jurisprudencia para entender cómo a lo largo de todo este tiempo han sido juzgados los supuestos de violaciones dobles o múltiples con intercambio de roles entre autores y partícipes, donde primero uno tiene acceso mientras otros intimidan y viceversa. De interés relevante fue la STS 585/2014 de 14 de julio, donde fueron definidas las diferentes etapas que sigue el TS en esta materia. En un primer momento, el Alto Tribunal consideró que estábamos en presencia de dos delitos de violación del art. 179 del Código Penal, con la característica de que, en cada uno de ellos, el autor era el que realizaba el acceso y el partícipe quien utilizaba la violencia o intimidación instrumental. Ahora bien, ni al autor ni al partícipe se les aplicaba el subtipo agravado del art. 180 del CP. **La Sala 2ª TS en la STS 486/2002 de 12 de marzo de 2002 señala, que “la participación plural se entendía satisfecha con la doble penalidad del tipo básico y el principio ne bis in idem habría resultado vulnerado con la extensión del subtipo no sólo al autor, sino también al partícipe”.**

En una segunda etapa, que puede considerarse la más ampliamente seguida por el TS, el subtipo acabó por aplicarse a supuestos en que concurrían en el hecho delictivo, sólo un autor y un partícipe (SSTS 975/2005 de 13 de julio; 61/2008 de 24 de marzo, 1142/2009 de 24 de noviembre). En estos casos la cualificación alcanzaría sólo al autor.

Dentro de la línea antes comentada existe una variante que se refiere a aquellos casos en que concurren un autor y varios partícipes, relevándose en el rol o sin relevación, a los que nunca alcanzaría la cualificación al conceptuarlos como cooperadores necesarios de la conducta nuclear de otro. **Así nos dice la Sala 2ª del TS en STS 975/2005 de 13 de julio, que “cuando existe una cooperación necesaria en agresiones concertadas, cada sujeto responde de su propia agresión sexual y de la que hubiese cooperado, si bien en esta**



última sin la concurrencia del subtipo agravado de actuación en grupo”.

**Una siguiente etapa, nacida al amparo de la STS 849/2009 de 27 de julio de 2009, en la que el TS estimó el recurso y consideró que, los hechos constituían un único delito continuado de agresión sexual.**

El TS, en el año 2014, apreció la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores puedan concurrir a la violación múltiple, siendo más acorde con esa propia naturaleza múltiple del delito cometido, la facilidad calificativa y el principio de proporcionalidad. **La Sala 2ª del TS en la STS 585/2014 de 14 de julio, se decanta por la segunda línea jurisprudencial relativa a la comisión de uno o varios delitos continuados, tantos como autores concurren a la violación múltiple.**

Habría que esperar al año 2019 para ser testigos de la resolución de una sentencia controvertida, donde el TS elevaría de 9 a 15 años de prisión la condena a los cinco miembros, al considerar los hechos ocurridos como un delito continuado de violación y no un abuso sexual con prevalimiento. El TS fue contundente al concluir que la víctima nunca dio su consentimiento, lo que resultaba obvio por la atmósfera de sometimiento y violencia no física ejercida sobre ella. **La Sala 2ª del TS en la STS 344/2019 de 04 de julio, desarrolla el concepto de la intimidación como concepto clave para que el abuso sexual sea una agresión sexual.**

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido constatar los cambios de criterio seguidos por el Alto Tribunal en orden a la aplicación del agravante 180.1.2 a autores y cooperadores necesarios, excluyendo a estos últimos de su aplicación como forma mayoritaria pero no unánime a lo largo de todo el periodo jurisprudencial.

De toda la jurisprudencia analizada, ha sido la STS 344/2019 la que más controversia e interés ha despertado. La sentencia ha puesto de manifiesto la deriva de una línea jurisprudencial que podría conducir a una exaltación de la respuesta penal ante los delitos sexuales, precisamente cuando el marco legal del que se ha servido, está fuertemente cuestionado y sometido a revisión ante la presión político y social, donde el sentimiento que se transmite, es que no se está protegiendo suficientemente ni al bien jurídico ni a las víctimas de estos delitos.

Uno de los aspectos de la sentencia, ha sido la referencia de una calificación jurídica global de unos hechos, que fenomenológicamente se presentan como violaciones múltiples o en grupo a una misma víctima, y el hecho a valorar de si procede estimar el carácter continuado de los delitos o el concurso real del mismo. Criterio que resulta determinante de cara a un futuro inmediato para determinar la unidad o pluralidad de acción en los delitos sexuales, la autoría y la participación en los mismos.

Lo que sí fue debatido notablemente en la sentencia, es la calificación jurídica de la conducta desplegada por los autores como agresión sexual o abuso sexual, donde también entraban en consideración los tipos cualificados apreciados (arts. 180.1. 1ª y 2ª). La

disparidad en la aplicación de los tipos penales no es fácil de interpretar en determinados casos, en los que puede haber pequeñas diferencias de matiz, pero a la postre importantes diferencias penológicas, según se califiquen unos hechos de acuerdo a una figura delictiva o a otra.

Como punto determinante de la resolución, y para el caso de la intimidación, se prescinde de la pluralidad de los intervinientes para montar el escenario intimidatorio ambiental, algo que en mi opinión no debería ser así, ya que al prevalimiento de una situación de superioridad manifiesta que coartaba la libertad de la víctima, se añadieron globalmente, los elementos que en su conjunto generaron la referida intimidación ambiental. Consecuencia de lo anterior, es que no puede sino ponerse en tela de juicio la apreciación de la agravante de actuación conjunta del art. 180.1. 2.ª CP, ya que supondría en realidad una doble valoración jurídica en contra del acusado. Esto es: si existe intimidación ambiental para integrar el delito de violación es con base a que el ambiente intimidatorio lo generó, con la presencia y la actuación simultánea y concertada de varias personas, de manera que apreciar un dato agravante consistente en la actuación conjunta de dos o más personas supondría tenerlo en cuenta dos veces. Al razonamiento anteriormente expuesto, el TS trata de ponerle solución, por un lado, alegando acusada superioridad (valorada en la intimidación ambiental), y que *“el delito podría haber sido cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la intimidación”*.

No hubo condena por la cooperación necesaria en las agresiones sexuales de los demás autores. El TS emplea el siguiente motivo para rechazar esta doble valoración: *“La propia naturaleza de la agravación, que implica un incremento del desvalor de la acción, pues la intervención de los cinco procesados en la violación múltiple supone, no solo una intensificación de la intimidación sufrida por la víctima, sino también, una mayor impunidad y el aseguramiento del designio criminal para los mismos”*. Por último, se invoca el hecho de *“no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva”*. Con respecto a las penetraciones sucesivas por ellos efectuadas, el TS no obstante apunta, que, una vez analizados los hechos, es discutible la continuidad delictiva y habiendo sido más conveniente aplicar el concurso real de delitos.

En la práctica y a lo largo del tiempo con el fin de evitar la exacerbación de la pena, se ha ido modificando la idea tradicional de aplicar el concurso real de delitos y se sustituyó por la figura del delito continuado, sugiriendo además que todos son autores, y no como hasta entonces, autor de su acceso carnal y cooperador necesario en los accesos carnales de los demás.

Sin embargo, es esta misma línea interpretativa del TS, a veces oscilante, la que el propio tribunal pone ahora de nuevo en cuestión. El tiempo nos dirá, cuál será la posición doctrinal del Alto Tribunal.



# LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE. BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS N° 418/2020 DE 21 DE JULIO DE 2020

**XÈNIA SAN JOSÉ ARÉVALO**

Jueza adscrita al TSJC

## ÍNDICE

I.- CONCEPTO, REGULACIÓN LEGAL Y APLICACIÓN DE LA PENA

II.- BREVE REFERENCIA A LA STS 418/2020 de 21 de julio de 2020, (ROJ: STS 2481/2020-ECLI:ES:TS:2020:2481)

III.- BIBLIOGRAFÍA

### I.- CONCEPTO, REGULACIÓN LEGAL Y APLICACIÓN DE LA PENA

La prisión permanente revisable se introduce en nuestro Código penal en el año 2015 mediante la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo y se encuentra regulada en los artículos 33, 35, 36 y 92 del Código penal.

Es opinión generalizada que la incorporación de esta pena en el sistema penal sea para dar una importante respuesta penal a los delitos más graves, toda vez que no tiene previsto un límite máximo de duración y conlleva el cumplimiento íntegro de la pena de privación de libertad. Tomando la definición del artículo 33 del Código penal, la prisión permanente revisable es una pena privativa de libertad grave con una duración indefinida que ha sido prevista en nuestro sistema penal para castigar los hechos ilícitos de mayor gravedad. Al no tener una duración concreta, el sistema ha previsto que pueda ser revisada por parte del tribunal para decidir si dejar en suspenso el resto de la pena, una vez que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, haya cumplido veinticinco años de su condena y el tribunal pueda fundar, en virtud de determinadas circunstancias, un pronóstico favorable de reinserción social.

Como se ha adelantado, el artículo 33 del Código penal, la incluye como pena grave, el artículo 35 le otorga la consideración de pena privativa de libertad, el artículo 36 establece

que la pena de prisión permanente revisable, como su propio nombre indica, será revisada por el tribunal, conforme al artículo 92 del Código penal, de oficio cada dos años una vez se haya cumplido una parte importante de la condena o, a instancia de parte mediante la petición de libertad condicional del penado y, a su vez, regula la clasificación a tercer grado para cuyos plazos, progresión de cumplimiento y posibilidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, se remite al artículo 78 bis del mismo texto legal. Por su parte el artículo 76 del Código penal indica el tiempo máximo de cumplimiento efectivo de la condena, (triple de la mayor), estableciendo en su apartado e), que cuando el condenado lo sea por uno de los delitos que conlleve la pena de prisión permanente revisable, se deberá estar a lo previsto en los artículos 92 y 78 bis. Y, por último, del artículo 70.4, se deriva que la pena inferior en grado a la de prisión permanente revisable será la pena de prisión de 20 a 30 años.

El proceso de determinación de la pena que resulte aplicable al responsable del hecho delictivo es una labor compleja que llevan a cabo los jueces y tribunales. Previamente deberán establecer la pena según la franja penológica que corresponda, teniendo en cuenta para ello, el hecho, su gravedad, si se trata de un delito intentado o, por el contrario, resulta consumado, teniéndose, si se dan circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En el momento de decidir la pena correspondiente, los jueces y tribunales también tendrán en cuenta valores como justicia y libertad y deberán aplicar la pena de forma motivada y

razonable, según el principio de proporcionalidad, establecido entre otras la STS 716/2014 de 29 de octubre <sup>1</sup>.

En ese sentido, el legislador también ha establecido en el artículo 70 del Código penal, unas reglas que concretan la forma de calcular y el límite de la pena superior e inferior en grado, incluido la aplicación de la resta de 1 día a fin de evitar que se solapen.

Para CASALS FERNANDEZ, A., al existir una falta de concreción en cuanto a la pena concreta de la prisión permanente revisable, se hace difícil la fijación de la pena inferior en grado. En ese sentido, el artículo 70.4 establece que: «la pena inferior en grado a la prisión permanente revisable es la pena de prisión de veinte a treinta años». “Por lo tanto, la pena inferior en dos grados será pena de prisión de diez años a veinte años menos un día. Cuestión distinta viene de la pena superior en grado de la prisión permanente revisable, en caso de que se diera como hipótesis la multirreincidencia, recogida en el artículo 66.1. 5.ª del Código Penal, no habría lugar donde buscar su pena, al no estar establecida. Misma situación sucede en el caso de apreciarse concurso medial, recogido en el artículo 77.3 del Código Penal, tampoco es viable la pena superior en grado”<sup>2</sup>.

## II.- BREVE REFERENCIA A LA STS DE 21 DE JULIO DE 2020

La sentencia a la que nos referimos, contiene un voto particular de dos magistrados de la Sala al que más adelante haremos referencia.

<sup>1</sup> STS 716/2014 de 29 de octubre

<sup>2</sup> CASALS FERNANDEZ, ANGELA, LA PRISION PERMANENTE REVISABLE, ED AGENCIA ESTATAL BOE, ABRIL 2019, página 159.

El recurso de casación se refiere a la condena por unos hechos ocurridos el 12 de marzo de 2017, en Sevilla, cuando el acusado abordó a la víctima por sorpresa consiguiendo llevarla a un lugar apartado con la intención de mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad empleando para ello la fuerza y usando un arma blanca con el fin de doblegar su voluntad.

La Sentencia analizada resuelve el recurso interpuesto contra la Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en procedimiento de Tribunal Jurado por la Audiencia Provincial de Sevilla que condenaba al responsable como autor de un delito de asesinato cualificado por la alevosía, el ensañamiento y la finalidad encubridora de los artículos 139.1.1,3y4 CP e hiperagravado por ser consecutivo a un delito sexual, artículo 140.1.2ª CP, por el que se le impuso la pena de prisión permanente revisable y, un delito de agresión sexual en grado de tentativa, con la atenuante de disminución leve de las capacidades volitivas.

Dicha Sentencia fue apelada y por parte de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se modifica la calificación jurídica en el sentido de quitar el ensañamiento, sin que ello haga modificar la pena impuesta.

La Sentencia del TS concluye que no debe tenerse por acreditada la alevosía al opinar que en el supuesto de hecho no concurrió ese elemento, no obstante, considera que se produjo un abuso de superioridad, aunque esa inclusión no ha variado el resultado de la pena.

La valoración jurídico-penal contenida en la sentencia establece como argumento para la imposición de la pena de prisión permanente revisable el hecho de que se trata de un delito de asesinato como medio para ocultar un previo delito de agresión sexual. No obstante, una parte de la discusión se centra en la calificación del delito como asesinato por la concurrencia del requisito de alevosía o, en su caso, por el de abuso de superioridad aun cuando en cualquiera de las dos opciones el resultado penológico es el mismo y, también en ambos, la condena es la pena de prisión permanente revisable. En ese sentido, se tiene en cuenta para que pudiera apreciarse la agravante de alevosía, si hubo o no defensa por parte de la víctima. En ese sentido, una reciente sentencia de fecha 5 de mayo de 2020, el TS consideró que a pesar de que pudiera haberse dado señales de defensa, éstas deberán considerarse como un instinto de protección de la víctima y por tanto, deberá tenerse en cuenta que una vez contemplada en su conjunto, la concreta agresión homicida, no impediría que concurriera la alevosía si conllevaba idoneidad objetiva de los medios o formas que se hubieran utilizado y que consiguiera eliminar las posibilidades de defensa de la víctima para evitar la muerte.

En base a ello, de los hechos constatados y declarados probados, el tribunal no ha considerado probada la existencia de alevosía ya que a pesar de que el abordaje a la víctima fue sorpresivo, que la llevó a un paraje solitario y que usó el arma, ello, en sí mismo no acredita que se causara tal indefensión a la víctima ni que se diera la intensidad necesaria para considerar acreditada la alevosía, no obstante, lleva sin dudas a considerar que hubo un abuso de superioridad.

Otro de los elementos a tener en cuenta es la calificación de asesinato sobre la base del encubrimiento del delito de agresión sexual del artículo 139.1.4 del Código penal. En ese sentido la discusión se centra en la hiperagravación del hecho, es decir, el artículo 138.1 y 139.1.4 hace variar la calificación de homicidio a asesinato cuando se lleva a cabo para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que ese delito se descubra. No obstante, el artículo 140.2 ya establece que la pena para el delito de asesinato será de prisión permanente revisable.

Entiendo que la distinción estaría en la interpretación sobre las circunstancias que el propio legislador impone para verificar la diferencia de calificación entre un delito de homicidio y uno de asesinato, para este último se requiere que además del acto de matar a una persona, se haga cumpliendo unos determinados requisitos, que en el caso que nos ocupa sería el de facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.

Vemos en la causa que el autor efectivamente intenta una agresión sexual que no consigue llevar a cabo dada la activa oposición y defensa de la víctima y, en respuesta a ello, según consta en hechos probados, para evitar que lo pudiera denunciar, decide atacar a la víctima con la clara intención de quitarle la vida. Con este acto estaríamos, sin duda, ante un delito de asesinato. La opción de que el mismo hecho pueda ser considerado como un acto hiperagravado, y con ello, agravar o

duplicar la consecuencia penal, (in dubio pro reo), se encuentra en una interpretación de la reciente norma que impone la pena de prisión permanente revisable dada por el propio legislador.

Si el artículo 140 del Código penal condena el acto descrito como asesinato, no deja de significar que el legislador ha contemplado que no se trata de la conversión de un homicidio en asesinato cuya distinción se encuentra en los artículos 138 y 139, sino que parte directamente de la circunstancia de que el hecho base para la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, es un asesinato, y sobre ese acto de asesinar, le añade en su apartado segundo, un nuevo acto consistente en que, el acto de asesinar, sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el propio autor hubiera cometido contra la misma víctima, por lo que requiere que las partes sean las mismas y requiere una consecución en el tiempo.

De lo anterior, podemos observar que la conversión que lleva a cabo el legislador de la consideración de un hecho como un homicidio o como un asesinato se contempla con el hecho de que se cumplan los requisitos de los artículos 138 y 139 del Código penal.

No obstante, la aplicación del artículo 140 para la comisión subsiguiente de un delito contra la libertad sexual, conlleva, por expresa decisión del legislador, la pena máxima de nuestro derecho penal, como es la prisión permanente revisable.

Los votos particulares emitidos respecto de la decisión adoptada por la mayoría de los magistrados de la Sala, consideran que los hechos deberían ser constitutivos de un delito de asesinato y un delito de agresión sexual en grado de tentativa. Y ello, por cuanto debe ser aplicado a la causa el principio de proporcionalidad y el criterio concursal. Consideran los magistrados que interpretarlo de otro modo podría incurrir en la aplicación del prohibido non bis in ídem o concursos aparentes que no deben solventarse con la doble punición o la doble agravación, sino que lo natural sería la aparición conjunta y, en su consecuencia, la penalidad genérica, toda vez que opinan que lo normal es que el delincuente pretenda eludir su responsabilidad penal tanto en el delito de homicidio como en un delito sexual.

Asimismo, consideran que ambas agravaciones, en principio, incompatibles entre sí, (intención encubridora y el carácter subsiguiente del delito sexual, artículos, 139.4 y 140.2 del Código penal), deberían tener fundamentación propia y autónoma para que pudieran resultar proporcionales y tener la habilitación legal para la aplicación que da como resultado la pena de prisión permanente revisable.

Finalmente, para dar una respuesta correcta a la situación opinan que ambas agravaciones deberán fundamentarse desde el punto de vista de los concursos y en aplicación del principio de alternatividad del artículo 8.4 del Código penal, cuando establece que el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor. Por lo que, en virtud de ello, consideran ambos magistrados que la calificación correcta para el supuesto analizado sería la del delito de asesinato del artículo 139.1.4 y de forma separada, en concurso real, el delito contra la indemnidad sexual.

### **III.- BIBLIOGRAFÍA**

CASALS FERNANDEZ, ANGELA, LA PRISION PERMANENTE REVISABLE, ED AGENCIA ESTATAL BOE, ABRIL 2019.

### **JURISPRUDENCIA**

STS Sala 2ª 716/2014 de 29 de octubre.

STS Sala 2ª 418/2010 de 21 de julio de 2020, (ROJ: STS 2481/2020 – ECLI:ES:TS:2020:2482)

# 12

## LA PRIMERA SENTENCIA DE TRATA DE SERES HUMANOS INTERNA

**MARTA ESCUDERO MUÑOZ**

Abogada, Fiscal sustituta y profesora Asociada del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

### I. RESUMEN DE LOS HECHOS

La reciente **sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de junio de 2020**, de la que ha sido ponente Pedro Izquierdo Marín, **es la primera sentencia que se dicta en España por un delito de trata de seres humanos interno**, es decir cometido dentro de España. Las actuaciones se iniciaron por atestado instruido por la Brigada Regional de Extranjería y Fronteras (UCRIF II) de Sevilla el 6 de febrero de 2018.

La sentencia, que fue de conformidad, relata en los hechos probados que, en fecha no concretada, pero en todo caso desde el mes de junio de 2017, Santiago, mayor de edad, sin antecedentes penales, se ha venido lucrando a costa de explotar la prostitución que ejercían diversas mujeres no identificadas en una pluralidad de clubes de alterne que vino regentando por distintos puntos de la geografía nacional, encargándose también de proveer de chicas a otros clubes.

En el mes de junio de 2017 contactó a través de la red social Facebook, con Lidia, que por aquellas fechas ejercía la prostitución en un club de la provincia de Ávila, de tal forma que, con el propósito de explotarla sexualmente y bajo la falsa promesa de que ganaría más dinero y tendría mejores condiciones de trabajo, la convenció para que fuera al club XX, del que era encargado y que se encontraba en Madrideojos (Toledo). Tras aceptar Lidia la falaz oferta, Santiago fue a recogerla en Ávila y la llevó a dicho prostíbulo, corriendo con todos los gastos del viaje. Sin embargo, transcurrido un mes, Santiago comenzó a trasladarla a distintos clubs del territorio nacional donde la obligaba a ejercer la prostitución, encargándose de contactar con los clientes y de pactar con ellos el tipo e importe de los servicios sexuales que les iba a realizar Lidia, de tal forma, que si esta se negaba a realizar



alguno de estos servicios la amenazaba. Santiago se quedaba además con lo que ganaba Lidia con el ejercicio de la prostitución y no le permitía salir ni entrar libremente de dichos locales, vigilándola constantemente.

Posteriormente, en el mes de noviembre de 2017, Santiago llevó a Lidia a una vivienda sita en la CALLE002 de la localidad de El Saucejo (Sevilla), donde también la obligó a ejercer la prostitución en idénticas condiciones. Lidia no podía salir ni entrar libremente de la vivienda, sino que siempre iba acompañada de Santiago, sometiéndola a un férreo control, que incluía las llamadas telefónicas que está realizaba. Cuando Santiago tenía que ausentarse del inmueble, quién se encargaba de vigilarla eran Manuel y su pareja Pilar, que también vivían en dicho inmueble y eran conocedores de la situación de explotación a que estaba sometida Lidia, colaborando además con Santiago en la explotación de clubes de alterne, de tal forma que, en su ausencia, eran los encargados de concertar y controlar los servicios sexuales que Lidia prestaba, así como de cobrar a sus clientes.

Como consecuencia del registro efectuado el día 25 de abril de 2018 en la vivienda ocupada por el acusado Santiago en la CALLE001 de la localidad de Zalamea la Serena (Badajoz) a la que se había trasladado, se encontró en una primera habitación una libreta y seis folios cuadrículados con diversas anotaciones telefónicas y un maletín que contenía dos cámaras fotográficas, el cableado de un ordenador portátil, un ratón de color negro, tres pendrives, dos tarjetas de memoria y un ordenador portátil marca COMPACT, y en otra habitación otro pendrive y un maletín que contenía otro ordenador portátil marca EMACHINES, que pertenecía también al acusado Manuel, y que contenían diversos archivos en los que aparecían mujeres desnudas o semi-desnudas. Asimismo, se

encontraron dos bolsas de plástico conteniendo una cantidad indeterminada de marihuana que Santiago destinaba a su propio consumo.

Cada acusado ha reconocido su participación en los hechos y la implicación en los mismos de los otros dos, así como en las conversaciones telefónicas intervenidas y respecto al contenido de los archivos hallados en los teléfonos móviles, material informático y demás dispositivos de almacenamiento masivo que le fueron incautados con motivo de su detención y de los registros domiciliarios practicados, lo que determina un eficaz auxilio a la Administración de Justicia.

Santiago es desde hace varios años adicto a la ingesta diversas sustancias estupefacientes, lo que afecta levemente a sus facultades intelectivas y volitivas.

Con anterioridad a la celebración del juicio oral los acusados Manuel y Pilar han consignado la suma de 1000 euros cada uno de ellos para hacer frente a la responsabilidad civil que se les reclama.

## **II. BREVE EXPOSICIÓN DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: ELEMENTOS DEFINIDORES DEL TIPO PENAL**

El delito de trata de seres humanos, se encuentra regulado en el artículo 177 bis, en la nueva redacción otorgada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Este precepto está inspirado en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, pues en el artículo 2 dice: “a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso

de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

La trata de seres humanos es una grave vulneración de derechos humanos que conlleva la explotación de las personas que son sometidas a la misma, la privación de la libertad y del ejercicio de derechos fundamentales y, a menudo, altos niveles de violencia.

Aparece definida por el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (en adelante Convenio de Varsovia), como "el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o

ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos".

El delito de trata de seres humanos tutela bienes jurídicos individuales, fundamentalmente, "la dignidad y la libertad" del sujeto pasivo. En realidad, el delito de trata puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona<sup>1</sup>.

Además, a esta situación se ve sometida la víctima en contra de su voluntad, o bien sin consentimiento válido.

Según la Circular 5/2011 de la FGE, el elenco de conductas enumeradas se corresponde con cada una de las fases del proceso movilizador en que la trata consiste:

a.- La captación de la víctima que se llevará a efecto normalmente en el lugar de su residencia habitual. La captación debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, eso es para ser desplazada o movilizada.

b.- El transporte, que se desarrollará por las zonas de tránsito; y el alojamiento que se producirá en el sitio de destino donde se pretende la explotación de la víctima. El transporte solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de

un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de tercero.

c.- El término traslado, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima, del mismo modo que la recepción indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra.

d.- Acoger, recibir y alojar refieren las conductas de quienes, ya sea con carácter provisional o definitivo, aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada<sup>2</sup>.

El sujeto pasivo de este delito puede serlo cualquier persona, nacional o extranjera. Resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. Uno de los mayores aciertos de la reforma de 2010 ha consistido en incluir dentro del paraguas normativo u órbita de protección del artículo 177 bis, no solo a los extranjeros, sino también a los españoles, los extranjeros comunitarios y a los extranjeros que cuentan con una autorización para residir en España (SAP Barcelona 15 noviembre 2014). La transnacionalidad no es necesaria pues **se puede cometer la trata de seres humanos dentro del propio país o entre países de la Unión Europea.**

### III. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA DE 9 DE JUNIO DE 2020

La Audiencia, respecto del acusado Santiago, condenó como autor penalmente responsable de un delito de trata de personas en concurso medial con un delito de prostitución coactiva, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de confesión y de drogadicción, a la pena de tres años y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a que indemnice a Lidia en 30.000 euros, y al pago de 2/3 de las costas procesales causadas incluidas en esta proporción las de la acusación particular.

Se condena por un solo delito de trata de seres humanos porque solo resultó probado este delito respecto de una víctima<sup>3</sup>, en concurso medial con un delito de prostitución coactiva. Es el primer caso de trata de seres humanos interno, cometido dentro de España, siendo captada, reclutada, trasladada y explotada en España.

<sup>1</sup> Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pg. 64.

<sup>2</sup> Circular nº 5/2011 FG E.

<sup>3</sup> El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo, fue redactado a raíz de la sentencia de fecha 16 de mayo de 2016 de la que fue ponente Ilmo. Julián Sánchez Melgar, condena por tantos delitos como víctimas. En esta sentencia los condenados prometieron a las mujeres que iban a trabajar en Tenerife como peluqueras, sin embargo, una vez en España les dijeron que tenían que ejercer la prostitución para saldar la deuda de 4.000 euros que habían contraído por el viaje. Se planteó el problema de determina si había un único delito o tantos delitos como víctimas, entendiéndose esto último.

Está ampliamente documentado que la trata con fines de explotación sexual afecta mayoritariamente a mujeres y niñas, aunque las formas de explotación a las que son sometidas principalmente las mujeres y las niñas no se agotan en la explotación sexual e incluyen la explotación laboral en sectores altamente feminizados como el empleo del hogar, la agricultura o los matrimonios forzados<sup>4</sup>.

Ello supone que se haya reconocido internacionalmente que la trata de mujeres es una forma de violencia de género, y una forma de discriminación prohibida por la norma internacional y regional<sup>5</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El delito de trata de seres humanos es un delito grave que cosifica a las víctimas por lo que se hace necesario una mayor, y sobre todo eficaz, protección. Según el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres del Ministerio de Sanidad (2015-2018) la explotación sexual es la finalidad de explotación más numerosa, dos de cada tres víctimas de trata de seres humanos son mujeres (entre un 15% y un 20% niñas) y, en el caso de la trata para la explotación sexual, el porcentaje de mujeres víctimas aumenta exponencialmente.

Con la reforma, el delito de trata de seres humanos no solo protege a víctimas extranjeras, puesto que el sujeto pasivo de este delito puede serlo cualquier persona, ya sea nacional o extranjera, pudiendo ser cometido en territorio español (trata de seres humanos interna), como en el caso expuesto, o cometido en varios países (trata de seres humanos externa).

Por ello, la legislación de nuestro país ha hecho una importante reforma en este sentido, modificando tanto las leyes penales como las procesales, siendo el papel de la Unión Europea muy importante para implementar mejor las leyes existentes y brindar un mejor apoyo a las víctimas.

<sup>4</sup> Según el Informe Global de trata de seres humanos realizado por la UNDOC en el año 2018 “a nivel mundial, los países están detectando y reportando más víctimas de trata. En 2016, el número de víctimas reportadas a nivel global alcanzó su nivel más alto cuando se detectaron más de 24.000. El aumento en el número de víctimas detectadas ha sido más pronunciado en las Américas y en partes de Asia. Estos aumentos pueden ser el resultado de una mayor capacidad nacional para detectar, registrar y reportar datos, o el resultado de un aumento de la ocurrencia de la trata. El Informe muestra que el 72% de las víctimas detectadas en 2018 en todo el mundo son del género femenino. El 49% de los casos son mujeres adultas y 23% son niñas, lo que representa un incremento en relación con el informe anterior, de 2016”.

<sup>5</sup> Informe de Naciones Unidas, Boletín informativo nº 36, en [www.ohchr.org/documents/publications/fs36](http://www.ohchr.org/documents/publications/fs36)

# 13

## ABSENTISMO ESCOLAR EN ÉPOCA DE PANDEMIA

**ROCÍO GUTIÉRREZ GALLARDO**

Fiscal sustituta adscrita al TSJ Cataluña

La vuelta a las aulas este curso viene marcada indudablemente por la pandemia de la COVID-19 y el riesgo de posibles rebrotes. Con este escenario, son muchos los padres que, a pocos días de iniciarse las clases y movidos por el miedo al contagio, se preguntan si llevarán a sus hijos menores al colegio y, si en caso de no hacerlo, su actitud tendrá consecuencias penales. El choque de derechos y deberes de los progenitores es indudable. Así, los padres tienen el derecho, pero también la obligación, de asegurar la salud de sus hijos, mientras que estos tienen el derecho de ser escolarizados, así como sus padres el deber de que así sea.

### I. OBLIGATORIEDAD DE LA ESCOLARIZACIÓN

El Tribunal Constitucional, en su **sentencia 133/2010, de 2 de diciembre**, estableció que “... **la educación es un derecho de los menores y un deber de los padres que va más allá de "la mera transmisión de conocimientos", algo que podría hacerse en casa. sin juzgar la calidad de la enseñanza domiciliaria que estén recibiendo, y admitiendo que son familias bien estructuradas cuyos padres se preocupan por sus hijos, el art. 27.4 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación.**”

En España, la escolarización es obligatoria entre los 6 y los 16 años<sup>1</sup>. Por lo tanto, a pesar de la creencia popular, la matriculación de un menor de 6 años en la etapa preescolar, tiene

<sup>1</sup>Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Artículo 4. La enseñanza básica.

1. La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas.

2. La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso, en las condiciones establecidas en la presente Ley.

3. Sin perjuicio de que a lo largo de la enseñanza básica se garantice una educación común para los alumnos, se adoptará la atención a la diversidad como principio fundamental. Cuando tal diversidad lo requiera, se adoptarán las medidas organizativas y curriculares pertinentes, según lo dispuesto en la presente Ley.

carácter voluntario para los padres y, por consiguiente, los padres que por miedo a la COVID-19 decidan no matricular a sus hijos menores de 6 años en un centro escolar, podrán hacerlo libremente. Sin embargo, no sucede lo mismo en el caso de los padres con hijos en edad de escolarización obligatoria pues, en estos casos, los únicos presupuestos legales que exigen a los padres de llevar al menor al centro escolar son: enfermedad del niño, residencia en el extranjero del niño o itinerancia de los padres. Cualquier otro motivo, obligará al centro escolar a poner en marcha el protocolo de absentismo escolar existente en la correspondiente comunidad autónoma en colaboración con los servicios sociales quienes inicialmente llevarán a cabo una investigación para ver cuál es el motivo por el que el menor no está acudiendo a clase.

## II. POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PADRES

Existe un gran debate a nivel social y jurídico, respecto a la responsabilidad penal en la que podrían incurrir aquellos padres que decidieran no llevar a sus hijos al centro escolar, por miedo a un contagio. El tema no es baladí, ya que la negativa de los padres a que sus hijos acudan al centro escolar podría constituir, en los casos más graves, un delito de abandono familiar del art. 226<sup>2</sup> del Código Penal, que castiga con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, e incluso con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años, al que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados.

En mi opinión, deberá analizarse caso por caso, y distinguir aquéllos casos en los que pueda inferirse una clara situación de desamparo y dejadez por parte de los padres, respecto de sus hijos menores, casos para los que sí entiendo que sería de aplicación el delito del art. 226 CP, de aquéllos otros supuestos en los que se presume que el motivo del absentismo escolar trae causa de un miedo, justificado, al contagio. Y remarco lo de “justificado”, pues deberá valorarse también, caso por caso, que esa angustia o miedo al contagio, tenga razón de ser ya sea, por ejemplo, porque haya quedado patente que el centro no cumple con las medidas mínimas de control de la epidemia (distancia, higiene, etc..), o porque la ratio de contagios en la comunidad o localidad concreta se encuentran disparadas, etc.... Por tanto, veo difícil motivar sentencias condenatorias por el art. 226 CP, dado que, salvo en los casos de clara desidia por parte de los progenitores, dada la situación de extrema anormalidad en la que nos

<sup>2</sup> Artículo 226 CP.

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

encontramos a pocos días del inicio del colegio, es lógico entender que ciertos padres tengan pánico de que sus hijos regresen a las aulas, por lo que no sería difícil motivar una sentencia absolutoria por falta de dolo e intencionalidad.

### III. UNIFICACIÓN DE CRITERIOS POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La Fiscalía General del Estado ha unificado los criterios sobre el modo de actuar respecto de los progenitores que decidan no llevar a los centros educativos a sus hijos en edad de escolarización obligatoria y así, desde la Unidad Especializada de Menores se ha publicado recientemente una nota en la que se hacía resaltar que *“El absentismo escolar constituye una preocupación para la Fiscalía por cuanto la educación repercute de manera trascendental en el desarrollo de los menores y, por extensión, en el de la sociedad en su conjunto”* y *“...si bien no es una función primaria y directa del Ministerio Fiscal la elaboración de medidas que salgan al paso del absentismo escolar, éste no es ajeno, ni puede serlo, a las atribuciones e intereses del Ministerio Fiscal. En el momento presente, ante la crisis sanitaria que afecta a todos los ámbitos de la sociedad, la preocupación por la garantía de la salud es comprensible y compartida.”*

*De esta forma, la Fiscalía General del Estado ha querido adelantarse a la Abogacía General del Estado, quien aún no se ha manifestado al respecto, y ha tratado, por un lado, de dar instrucciones a los diferentes Fiscales que se encuentren ante un expediente por absentismo escolar y, por*

*otro, informar de cual es el criterio de la Fiscalía en lo que al absentismo escolar en época de pandemia se refiere, a la sociedad en general y en particular a los centenares de padres preocupados por las consecuencias legales de no llevar a sus hijos al colegio por miedo a un contagio por la COVID-19 y ha precisado que únicamente proseguirán las diligencias para presentar denuncia contra los progenitores, “en aquellos supuestos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aunque sea por unos días, del deber de asistencia presencial del alumnado al centro.”*

*Para la Fiscalía General del Estado la educación presencial “constituye una obligación ineludible para los padres o tutores de los/as menores afectados”. Por ello, si estos deciden no llevar a sus hijos al colegio de forma “voluntaria, injustificada y persistente”, el Ministerio Fiscal actuará penalmente contra ellos por “incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”. “Sólo aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aun temporal, del deber de asistencia presencial del alumnado al centro motivarán que el Ministerio Fiscal prosiga sus diligencias a los efectos de ejercitar la acción penal contra aquellos padres o tutores que presuntamente hayan infringido los deberes inherentes a la patria potestad en este ámbito”.*

La Fiscalía hace hincapié en que la escolarización de los menores entre 6 y 16 años es obligatoria en España y que dicha obligatoriedad es “ineludible” para los padres o tutores de los menores. “Su<sup>4</sup>

<sup>3</sup> <https://www.fiscal.es/-/el-fiscal-de-sala-de-menores-unifica-los-criterios-de-las-secciones-de-menores-de-las-fiscal-c3-adas-provinciales-en-materia-de-absentismo-escolar>

<sup>4</sup> <https://www.fiscal.es/-/el-fiscal-de-sala-de-menores-unifica-los-criterios-de-las-secciones-de-menores-de-las-fiscal-c3-adas-provinciales-en-materia-de-absentismo-escolar>

*desatención voluntaria, injustificada y persistente acarreará las consecuencias legales derivadas del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, como ha venido ocurriendo de forma habitual hasta el momento en los supuestos de absentismo", recalca el ministerio público.*

Los centros educativos serán los encargados de poner en conocimiento de las comisiones locales o provincial correspondientes en las respectivas comunidades autónomas, los casos de absentismo que detecten para que se inicien los trámites administrativos correspondientes y únicamente remitirá copia del expediente incoado a la fiscalía ante supuestos de "*repetida y no justificada*" asistencia. En estos casos, la Fiscalía incoará diligencias preprocesales para ponderar, caso por caso, la concreta situación del alumno y su entorno familiar, teniendo en cuenta para ello, la actual situación de pandemia y el "*singular escenario derivado de los riesgos sanitarios presentes no solo en el ámbito escolar, sino también en el familiar*".

#### IV. CONCLUSIÓN

Ante la situación de extrema anormalidad a la que nos enfrentamos para la vuelta a las aulas, motivada por la pandemia del COVID-19, y el miedo de muchos padres a que sus hijos puedan contagiarse en los centros escolares, entiendo que, en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal, las condenas por un delito del art. 226 del Código Penal a aquéllos progenitores que decidan no llevar a sus hijos de entre 6 y 16 años, deberá aplicarse únicamente en los casos en los que sea evidente la desidia y dejadez por parte de los padres y no, cuando la razón del absentismo sea por motivos de miedo justificado de contagio y del comportamiento de los padres se infiera que su insumisión es para proteger la salud de sus hijos.

Por tanto, veo difícil motivar sentencias condenatorias por el art. 226 CP, dado que, salvo en los casos de clara desidia por parte de los progenitores, dada la situación de extrema anormalidad en la que nos encontramos a pocos días del inicio del colegio, es lógico entender que ciertos padres tengan pánico de que sus hijos regresen a las aulas, por lo que no sería difícil motivar una sentencia absolutoria por falta de dolo e intencionalidad, más lo creo aun, viendo la nota para la unificación de criterios dictada por la Fiscalía General del Estado de hace escasos 7 días, en la que se hace destacar que únicamente será perseguible la desatención voluntaria, injustificada y persistente de los progenitores, tras ser ponderada de forma individual las circunstancias concurrentes en cada caso y el entorno familiar del alumno, dada la actual situación de pandemia derivada de la COVID-19.



# 14

## EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS

**RAÚL LÓPEZ MARTÍNEZ**

Juez adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Aragón

### I. Situando la cuestión: origen de la figura y regulación actual

La libertad personal es uno de los derechos fundamentales de cualquier sistema democrático, y el español no es una excepción y, precisamente por ello, el procedimiento habeas corpus se configura como una garantía reforzada para la defensa de dicho derecho.

El origen de esta figura se sitúa en la Inglaterra del siglo XVII, con la aprobación de la llamada *Habeas Corpus Act* en 1679 y de allí se exportó a otros sistemas jurídicos, entre ellos el español.

Pero, antes de analizar la figura en el sistema español actual, hemos de referirnos, por su importancia, a un antecedente de la misma recogido en uno de los derechos forales de mayor abolengo y rancia tradición, como es el aragonés. El derecho foral aragonés, “seña de identidad de su historia de dicho territorio y fiel reflejo de los valores de pacto, lealtad y libertad” - como reza el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007- se caracterizó por la defensa de determinadas prerrogativas que ciertos ostentaban individuos frente al Rey y, entre ellas, destacó el denominado “derecho de manifestación de personas”, que consistía

en la facultad de reclamar al Juez o a cualquier otra autoridad la entrega de una persona encarcelada para evitar que fuera torturada, práctica prohibida por los Fueros aragoneses. La vigencia del derecho de manifestación se prolongó hasta 1885, cuando finalmente fue derogado, aunque es cierto que había ido perdiendo su relevancia inicial<sup>1</sup>. Ese derecho coincidía, en lo sustancial, con el procedimiento de habeas corpus anglosajón de 1679.

Más allá del ámbito del Derecho foral, el proceso constitucional español coadyuvó a que se reconociera el habeas corpus. Así, este procedimiento se recogió en las Constituciones de 1869 y 1876, que otorgaban un plazo de veinticuatro horas para que la persona detenida fuera puesta en libertad o a disposición del Juez, y otro de setenta y dos horas para, una vez a disposición judicial, se decretara el encarcelamiento o la libertad, según procediera. Tanto la Constitución de 1931 como la Ley de Procedimiento Criminal, contemplaron dicha figura en idéntico sentido.

Tras el paréntesis de la dictadura franquista, la Constitución de 1978 declaró la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y, por ende, abordó el tema del procedimiento de habeas corpus<sup>2</sup>.

En concreto, el artículo 17 de la Carta Magna, tras recoger en su apartado primero que “toda persona tiene derecho a la libertad”, preceptúa en el cuarto que “la ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Con ello, el constituyente consideró el derecho a la libertad como una de las piedras angulares del sistema jurídico y como fundamento de los demás derechos y libertades fundamentales y, por ello, le dotó de esa garantía adicional del habeas corpus, al margen del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que ya había otorgado al resto de derechos y libertades.

La remisión a la ley a la que se refiere el citado precepto tuvo su plasmación con la aprobación de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus», que pasamos a analizar brevemente.

## II. El procedimiento de habeas corpus

Antes de estudiar sus aspectos esenciales, cabe recordar que el habeas corpus demanda una rápida capacidad de respuesta por parte del órgano judicial. Además, se trata de un procedimiento sumario y, como éstos, tiene limitado su objeto y los medios de prueba, sin embargo, a diferencia de aquéllos, las resoluciones que ponen fin al procedimiento producen el efecto de cosa juzgada material<sup>3</sup>.

Se trata, por tanto, de un procedimiento especial por razón de la materia de cognición limitada, como se define en la

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2014, de 27 de enero. Su fin principal es establecer un control judicial sobre la legalidad de las privaciones de libertad gubernativas<sup>4</sup>.

En esa línea, la Ley Orgánica que lo regula es una norma breve y sencilla, que recoge las bases de la tramitación de dicho procedimiento, esto es, cuándo procede, quién lo puede solicitar, ante quién se insta, sustanciación y, finalmente, qué es lo que se decide en el mismo.

### 1. Cuando procede

El presupuesto básico para que tenga lugar un procedimiento de habeas corpus es la existencia de una situación efectiva de privación de libertad en un individuo y, en concreto, cuando se considere que hay una persona a quien se le ha privado ilegalmente de libertad. Pero, ¿cuándo se estima que se da esta circunstancia? El artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984 ofrece respuesta a dicha cuestión, al determinar que se consideran personas ilegalmente detenidas:

- a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes.
- b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
- c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.

<sup>1</sup> Sáenz de Tejada y de Olózaga, F., El Derecho de manifestación aragonés y el Hábeas Corpus inglés, Compañía Bibliográfica Española, S.A., Madrid, 1956, pp. 34 y 53.

<sup>2</sup> Soriano Díaz, R. El derecho de habeas corpus. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Serie IV: Monografías nº 6, Madrid, 1986, p. 11.

d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

En relación con ello, y para completarlo, hemos de acudir a los artículos 490 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para conocer cuándo es posible privar a alguien de libertad, cuáles son los plazos máximos de la misma, los lugares en los que puede realizarse y los derechos que asisten a los detenidos, presos o internados.

## 2. Quién lo puede solicitar.

Según el artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, podrán instar el procedimiento de «Habeas Corpus» el que esté privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales; el Ministerio Fiscal; el Defensor del Pueblo; y, asimismo, lo podrá iniciar, de oficio, el Juez competente.

En aras a facilitar este procedimiento, en el artículo 4 se recoge que el mismo se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o comparecencia, sin que resulte preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador. No se exige que el referido escrito sea formal o que deba emplearse un modelo concreto, simplemente habrá de incluir una serie de datos, como son el nombre y las circunstancias personales del solicitante, así como de la persona para la que se solicita el amparo judicial; que se indique el lugar en que dicha persona se halle privada de libertad, o la autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes; y el motivo concreto por el que se solicita el «Habeas Corpus».

Esta facilidad para su tramitación parece justificarse en que, como hemos visto, pueda ser solicitado por la propia persona que se encuentre privada de libertad.

## 3. Ante quién se insta

Esta cuestión se resuelve en el artículo 5 de la Ley, al establecer que la autoridad gubernativa, el agente de la misma o el funcionario público que tengan bajo su custodia a la persona privada de libertad estarán obligados a poner inmediatamente en conocimiento del Juez competente la solicitud de habeas corpus que haya sido, formulada. Por tanto, dado que nos encontramos ante alguien cuya libertad está restringida, es pues esa autoridad quien recibe la solicitud y quien tiene la obligación de ponerla en conocimiento del Juez competente a la mayor brevedad.

Si incumplieren esta obligación, serán apercibidos por el Juez, sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que pudieran incurrir.

Una vez recibida la solicitud, el Juez examinará la solicitud y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. En realidad, el Juez tiene dos opciones: bien archivarlo directamente, lo que solamente procederá cuando resulte evidente que no existe base alguna para tramitar el procedimiento de habeas corpus; bien, tramitarlo mediante Auto, acordará la incoación del

<sup>3</sup> Gude Fernández, A., El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional, Tirant lo Blanch, 2008, p. 60.

<sup>4</sup> Martín Ostos, J., “Sobre el Habeas Corpus en España”, Revista de Derecho Procesal, 3-4, 2008, p. 25.

procedimiento. Dicho Auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal y contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno.

Según la jurisprudencia, por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 2014, “el control judicial se limita, no a todos los aspectos o modalidades de la detención, sino solo a su regularidad o legalidad, de manera que se ha de juzgar solo sobre la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin extraer más consecuencias que la necesaria finalización o modificación de esa situación”. En el mismo sentido, la doctrina<sup>5</sup>.

#### **4. Sustanciación del procedimiento**

En el Auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquél en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre.

Antes de dictar resolución, el Juez oirá a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y Abogado, en el caso de que lo hubiera designado, así como al Ministerio Fiscal. Tras ello, oirá a la autoridad, agentes, funcionario público que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquélla bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad y a todos ellos dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad.

Si resultare necesario, podrán practicarse pruebas y, tras ello, el Juez resolverá.

Cabe destacar que para realizar todas estas actuaciones, el Juez dispone de un plazo de veinticuatro horas, contadas desde que se dictó el Auto de incoación.

#### **5. Qué se decide**

Tras ello, el Juez, mediante Auto motivado, adoptará alguna de estas resoluciones:

1. Si se desestima la pretensión, acordará el archivo de las actuaciones, pudiendo incluso condenarse al solicitante al pago de las costas si se apreciare mala fe o temeridad; en caso contrario, éstas se declararán de oficio.

2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.

b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban.

c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

Para el caso de estimarse, el artículo 9 prevé que pueda deducirse testimonio para la persecución y castigo de los delitos que hayan podido cometerse por quienes hubieran ordenado la detención, o tenido bajo su custodia a la persona privada de libertad, como también en los supuestos de delito de denuncia falsa o simulación de delito.

En suma, se trata de un procedimiento que, sin ser perfecto, sí supone una garantía que evita posibles abusos o irregularidades sobre un derecho fundamental como es la libertad individual.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Gimeno Sendrá, V., *El proceso de habeas corpus*. Tecnos, Madrid, 1996.

Gude Fernández, A., *El habeas corpus en España. Un estudio de la legislación y de la jurisprudencia constitucional*. Tirant lo Blanch, 2008.

Martín Ostos, J., “Sobre el Habeas Corpus en España”, *Revista de Derecho Procesal*, 3-4, 2008, pp. 15-36.

Sáenz De Tejada y De Olózaga, F., *El Derecho de manifestación Aragonés y el Hábeas Corpus Inglés*, Compañía Bibliográfica Española, S.A., Madrid, 1956.

Soriano Díaz, R. *El derecho de habeas corpus*. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Serie IV: Monografías nº 6, Madrid, 1986.



<sup>5</sup> Gimeno Sendrá, V., *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 44.

## ALGUNAS NOCIONES SOBRE EL RIESGO: PRECAUCIÓN, PANDEMIA E INTERVENCIÓN PENAL

**SANTIAGO JAVIER GRANADO PACHÓN**

Doctor en Derecho

Qué el individuo vive inserto en la “Sociedad del Riesgo”<sup>1</sup> constituye un dogma evidente en la vida de nuestros días. Y como ocurre en toda convivencia, ésta no tiene por qué ser pacífica, pues el concepto de “riesgo” no se encuentra alejado del debate social y científico, suspirando recelos y afirmaciones críticas. En síntesis, se considera al Riesgo como una “percepción social” que debe ser diferencia del “evento” y bajo esta percepción, se ha distinguido con profundidad, entre el riesgo, analizado desde una perspectiva netamente científico- racionalista, que tiene como base los anatemas de expertos científicos extraídos de una información objetiva y técnica; y también desde una perspectiva socio-cultural propia de las ciencias sociales, entre la que podemos incluir el derecho. En este último ámbito, cabe destacar, estudios inspirados en la obra de FOUCAULT sobre el *Governmentality* que ven que los Estados y los gobiernos trabajan de manera conjunta para controlar

a la población a través de discursos y de estrategias de riesgo<sup>2</sup>; en definitiva, un esquema de “control social” que aviva cierta cultura “negacionista” en la población sobre la existencia de los mismos, vislumbrando en el uso de aquellos métodos e instrumentos, (derivados de epidemias o catástrofes) una aspiración controladora combinada con ciertas dosis de elementos “conspiranoicos.”

De la visión de MARY DOUGLAS, destaca su estudio sobre “lo que hombre es capaz de discernir entre lo que es, y no es riesgo,” y de lo que acepta o no como riesgoso, afirmando que “que cada forma de organización social está dispuesta a aceptar o evitar determinados riesgos” y que “los individuos están dispuestos a aceptar riesgos a partir de su adhesión a una determinada forma de sociedad”. Se trata de un “sesgo” cultural” que ordena nuestra forma de percibir los mismos, o, dicho de otra forma, de una “construcción

<sup>1</sup> Término utilizado por BECK, U., *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1988.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, AGUILAR, S/JORDAN, J., *Principio de precaución, políticas públicas y riesgo*, Política y Sociedad, 2003, p.62.

cultural de los riesgos”<sup>3</sup>. La aceptación o no de los estos, partiendo de espectros culturales, ha sido vivamente sentida en la vida comunitaria de nuestros días, a propósito de las reacciones frente a la “Pandemia mundial Covid-19” y por la distinta manera que han tenido los gobiernos de los diferentes Estados en afrontarla. Mientras que algunos (especialmente los países anglosajones) priorizaban el “elemento económico” sobre la probabilidad de los daños que frente a la salud podía generar la expansión del virus, otros apostaban con concentraciones y manifestaciones masivas en aras de consolidar “un determinado ideario” pese a las advertencias previas del “riesgo para la Salud” que las concentraciones de personas podían producir según la OMS. En todo caso, fue BECK, quien admitió que además de esa construcción cultural del riesgo definida por tales teóricos, existía un prisma objetivo sobre el que actuar a través de las políticas públicas, entre las que destacan “la gestión del riesgo” y la consolidación del “principio de precaución”. Este autor considera, que en la búsqueda de esa “objetivación” se producen circunstancias importantes sobre el espectro político, como la que éste actuará bajo cierto secretismo<sup>4</sup> al quedar solo una parte de las decisiones enlazada a los principios democráticos, dado que la otra, constituida sobre todo por decisiones de ciencia y de técnica<sup>5</sup> (de economía) suelen aparecer en la mesa de los aquellos, - normalmente legos en ciencia, como una gran parte de la ciudadanía- una vez entrada la fase de aplicación de las mismas<sup>6</sup> ( de las medidas) por lo que, la sociedad en su conjunto se convierte en un laboratorio en el que nadie es responsable de los resultados de aquellas “aplicaciones científicas”, produciendo una situación de “irresponsabilidad organizada.”<sup>7</sup>

En este aspecto, el establecimiento de “medidas” por parte de los Poderes Públicos para garantizar la salud de los ciudadanos ante la “Pandemia COVID-19” no se encuentra muy lejos del análisis de BECK, sobre todo por el efecto de desconfianza y de dudas que se ha trasladado a una sector importante de la población, fruto quizás de la propia idiosincrasia consustancial a conseguir un barrera eficaz frente a “los riesgos”, caracterizada por la “imposición” de criterios técnicos y científicos” que establecidos por políticos,- que legos y desconocedores de los mismos,-someten a la población a ensayos sucesivos. De ahí, que, en el plano jurídico, la “irresponsabilidad organizada” de toda gestión política ante los riesgos puede encontrar justificación bajo el paraguas de que las medidas adoptadas constituyen “aplicaciones científicas” y una manera de luchar frente a ella es, promoviendo la participación ciudadana a través de la consecución de diálogos entre “expertos y ciudadanos” para vencer a la incertidumbre y a la desconfianza popular. <sup>8</sup>

<sup>3</sup> Puede consultarse GARCÍA ACOSTA, V., EL Riesgo como construcción Social y la construcción social de los riesgos, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Distrito federal, México, 2005, p. 32, en el mismo sentido, DOUGLAS M., Risk acceptability According to the Social Sciences, Russell Sage Formation, Nueva York, 1986.

<sup>4</sup> No deja de ser significativo el paralelismo de la descripción que realiza DEFOE sobre los efectos que en todos los planos sociales produjo “la peste” en 1664, con los ocurridos inicialmente a través de la Pandemia COVID-19 en la sociedad de nuestro días; DEFOE, D., Diario del año de la peste, Universidad Virtual Universal, Disponible en: [www.biblioteca.org.ar](http://www.biblioteca.org.ar), se expresaba así: “Sin embargo, parece que el Gobierno se estaba muy bien informado del asunto, y que se habían celebrado varias reuniones para estudiar los medios de evitar la reaparición de la enfermedad; pero todo se mantuvo muy secreto”.

<sup>5</sup> En ocasiones, los mismos científicos no saben qué nivel de riesgo es aceptable y argumentan en términos de certeza, porque necesitan apoyo público y financiación para proseguir sus investigaciones.

<sup>6</sup> BECK, U., ob, cit, p. 267.

<sup>7</sup> AGUILAR, S/JORDAN, J., ob, cit, p. 65, en el mismo sentido, BERK, U., Politics of risk society, en J. Franklin (ed), Londres, Polity Press, 1998.

<sup>8</sup> Existe un informe datado en 1996, y elaborado por el Comité para la Caracterización del Riesgo, dentro del Consejo Nacional de Investigaciones de EEUU, en donde constaba la exigencia de diálogo entre expertos y ciudadanos.

En todo caso, para BECK luchar contra la “irresponsabilidad organizada” no es tarea fácil si no se produce un cambio en el fundamento de la responsabilidad derivada por la realización de los riesgos, pues como ocurre en Japón en donde los jueces se han alejado de la necesaria y rigurosa demostración de la causalidad y la reconocen cuando se puede demostrar una correlación estadística entre los niveles de contaminación y determinadas enfermedades, lo perjudicados no deberían tener la carga de la demostración del nexo causal<sup>9</sup>. La cuestión redundante en que los “riesgos de la modernidad” ya no pueden ser adecuados a la relación de causalidad ante las múltiples sinergias que colaboran en un mismo resultado típico, y propone como principio para la gestión de los riesgos, el denominado principio de precaución<sup>10</sup>, que a su vez abre el debate sobre la expansión del derecho penal en la configuración de los tipos penales de peligro abstracto.

## II. El Derecho Penal frente a “La Sociedad del Riesgo”.

Fue SCHUNEMANN quien consideró que la peculiaridad de la sociedad industrial descansaba en el extraordinario aumento de las interconexiones causales, resultando difícil explicar la causa de los daños que por ejemplo pudiera sufrir la población a través de una sola relación de causalidad, como

podría ser la emisión de sustancias tóxicas por parte de una determinada fábrica como causa<sup>11</sup>. También en este elemento de las múltiples conexiones causales y confluyentes en el desarrollo de la vida social, hizo hincapié BERK, para quien el problema de los riesgos ya no puede ser amparado desde el punto de vista de la causalidad, porque en múltiples casos, no existe un único causante y sí múltiples confluencias, dado que la exigencia de una demostración causal estricta, conduciría a minimizar el riesgo<sup>12</sup>. Por eso, el propio SCHUNEMANN, justificará la necesidad de lograr el tránsito del “delito de resultado clásico” a una construcción moderna de los delitos de “peligro abstracto”, sobre todo, “por la sustitución de los contextos de las acciones individuales por contextos de acción colectivas, en el que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anonimizada y estandarizada”<sup>13</sup>. Y concluye que el derecho penal, - en la sociedad del riesgo- debe actuar, por ejemplo, considerando intolerable el riesgo de producción e introducción en el mercado, de elementos idóneos para producir lesiones para la salud, debiendo adecuarse el derecho penal a los criterios de actuación de la sociedad moderna.<sup>14</sup>

En realidad, este tránsito será o no más factible dependiendo del bien jurídico cuya protección se pretende, y de la concepción que del derecho penal se tenga, pues si la construcción de los delitos de peligro

<sup>9</sup> BERK, U., ob, cit, p. 70

<sup>10</sup> Como pone de manifiesto ROMEO CASANOBA., El principio de precaución en las actividades de riesgo, Cuadernos Judiciales, CGPJ, Madrid, 2002, p. 41, el principio de precaución en relación con llamados delitos de peligro, podría contribuir a la elaboración de criterios de imputabilidad para algunos delitos, bajo la innecesidad de imputar un determinado resultado, pudiendo prescindir entonces de la constatación del nexo causal.

<sup>11</sup> SHÜNEMANN, B., Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, p. 199, Disponible en Dialnet.

<sup>12</sup> BERK, U., ob, cit, p.70.

<sup>13</sup> SHÜNEMANN, B., ob, cit, pp. 199 y ss.

<sup>14</sup> En nuestro derecho penal, siguiendo esta doctrina y como consecuencia de la reforma del Código Penal, protagonizada por la LO 1/2015, se castiga en los arts. 362 y 362 Quater, solo de manera dolosa, el suministro, la comercialización, o la puesta en el mercado por la autoridad o funcionario público de productos sanitarios que estuvieran deteriorados, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas.



abstracto para tutelar el medio ambiente cuenta con un consenso más o menos generalizado, ir más allá, por ejemplo, tipificando como delitos de peligro abstracto, las acciones u omisiones de autoridades o funcionarios públicos que con ocasión de una emergencia sanitaria y con desatención a los principios informadores de la normativa sanitaria, incrementen el riesgo para la vida o la salud de las personas, u oculten o no informen debidamente a aquellas, de un riesgo de esta naturaleza, puede topar con *la doctrina reduccionista del derecho penal*<sup>15</sup> y con “garantías penales clásicas”, tales como el principio de intervención mínima, y el de legalidad. En todo caso, no puede desdeñarse que esta transformación que afecta al sustrato de las acciones en la sociedad moderna, y que requiere de la actuación del derecho penal en su misión protectora de los bienes jurídicos, lleva en ocasiones a la exigibilidad de un actuar previo ante consecuencias comunitarias de dimensiones catastróficas, a pesar de la incertidumbre científica, y que tienen como criterio de actuación, el principio de precaución.

### III. La vertiente jurídico- penal del principio de precaución y su reconocimiento jurisprudencial

El principio de precaución aparece recogido de forma explícita en el Tratado de Maastricht y es definido por la Comisión Europea, como un principio de aplicación general que debe ser tenido particularmente en cuenta en los ámbitos de la protección del medio ambiente, y de la salud humana, animal y vegetal. (referidos a posibles consecuencias de especial magnitud e importancia). Nuestro Derecho le ha dado una acogida un tanto solapada, sobre todo en el ámbito de los consumidores y de la Biotecnología. Y desde el punto de vista penal, adquiere importancia por la remisión de ciertos tipos penales a normas de carácter extra-penal.<sup>16</sup>

Ahora bien, este principio no puede ser confundido con el “principio de previsión”, encontrando su diferencia sustancial en que el sustrato de “la precaución” es “la incertidumbre científica”, esto es, la imposibilidad de predecir ciertos eventos consecuentes a algunas actividades,

<sup>15</sup> En Alemania destaca HASSEMER, y en Italia penalistas como BARATTA O FERRAJOLI, con su Derecho Penal Mínimo. En España, la posición más destacada es la SILVA SÁNCHEZ, quien señala que la introducción de nuevos objetos de tutela, combinado con la anticipación de las fronteras protección penal, ha propiciado una rápida transición del modelo de “delito de lesión de bienes individuales” al modelo de “delito de peligro” para bienes supraindividuales, considerando que lo que se viene a proteger no es bien jurídico, sino el contexto. En definitiva, SILVA considera que la dirección de tutela del derecho penal hacia “los contextos” supone una “administrativización” del derecho penal. Puede consultarse JIMÉNEZ DIAZ, M.J., Sociedad del Riesgo e Intervención Penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2015, p.8, disponible en: <http://criminet.urg.es/recpc>.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la Ley 15/1994 de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la Salud humana y para el medio ambiente. El art. 24 de esta Ley, tal y como expone ROMEO CASANOBA, C.M., El principio de precaución en las actividades de riesgo, Cuadernos Judiciales, CGPJ, Madrid, 2002, p. 36, es probablemente el más explícito ejemplo de su artículado sobre el reconocimiento de actividades con riesgo no exactamente determinable y por ello, tampoco exactamente previsibles: se autorizan dichas actividades después de haber evaluado el riesgo posiblemente inherente a ellas, pero no se excluyen situaciones de emergencia inherente a ellas, pues lógicamente de ser previsibles tales situaciones solo habrían sido autorizadas bajo ciertas condiciones muy estrictas de control, e incluso, tal vez no habría sido autorizadas. Por consiguiente, la previsión legal de la autorización de estas actividades únicamente encuentra su explicación a través del principio de precaución. También podemos referir la regulación de los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 341 del CP) o de los delitos contra la Salud Pública (art. 359 del CP) y en los delitos contra la Seguridad e higiene de los trabajadores (arts. 316 y 317 del CP) y probablemente también con otros delitos de peligro común.

tomando como premisa una actividad de la que se sospecha un cierto riesgo no determinable ni verificable “ex ante”, debido a la incertidumbre científica de las leyes causales<sup>17</sup>. La inobservancia de este principio, podría dar lugar a responsabilidad penal en relación con una concreta actividad, respecto de la cual, no es objetivamente previsible la producción de un resultado concreto y predeterminado, ni es conocida la posible conexión causal, cuando así se refleje una disposición legal. En este sentido, si alguien ante una actividad que pretende realizar no puede valorar por el estado de la ciencia (existente en ese momento) su afectación dañosa a determinados bienes jurídicos, debe abstenerse de actuar, como gráficamente señala ROXIN: “quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes jurídicos protegidos no puede valorar, debe informarse, si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, debe abstenerse de la conducta. Y quien pretende emprender algo que probablemente ponga en peligro bienes jurídicos y no es capaz de hacer frente a los peligros debido a insuficiencias físicas o por falta de práctica o habilidad, debe omitir la conducta; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad, una imprudencia”<sup>18</sup>. En consecuencia, en atención al principio de precaución se ignora el resultado que pudiera producirse bajo un determinado mecanismo de producción, y debe actuarse para evitar la producción de un hipotético resultado catastrófico y grave.

Ahora bien, consideramos que el principio de precaución, como toma de cautela, debe ser exigido por una disposición legal o reglamentaria para un ámbito concreto de actividad. Esto significa, que la posible

trascendencia penal, debe partir de que las pautas de cautelas estén determinadas a través del principio de precaución y con arreglo a una norma extra-penal. En Derecho Comparado encontramos algunas muestras de su pretendida aplicación, como aquel supuesto ocurrido en un Centro Penitenciario Alemán, donde se rechazó su alegación como elemento básico de la infracción del deber objetivo de cuidado en lo relativo a la adopción por los funcionarios penitenciarios de medidas de prevención de la infección VIH entre los internos<sup>19</sup>. En Francia, en cambio, determinadas Autoridades Sanitarias y Políticas, fueron condenados por la no aplicación de las medidas oportunas y necesarias para prevenir la transmisión del VIH por transfusión de sangre contaminada<sup>20</sup>. En España, en la STS de 6 de noviembre de 1999<sup>21</sup> se condenó a los acusados por administrar al ganado destinado al consumo humano una sustancia no autorizada o prohibida que generaba un riesgo para la salud de las personas, declarando que es suficiente con la comprobación de un peligro hipotético, haciendo referencia al principio de precaución, diciendo: “El Tribunal de Justicia de la CEE ha elaborado una jurisprudencia comunitaria de la que es preciso extraer conclusiones también para la interpretación del Derecho Interno en esta materia. En efecto, en su reciente Sentencia de 5-5-1998, el Tribunal de Justicia ha señalado que las medidas legislativas en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun cuando subsista una incertidumbre respecto a la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente valorados.”

<sup>17</sup> ROMEO CASANOBA, C.M., ob, cit, p. 47.

<sup>18</sup> ROXIN, Derecho penal Parte General, I, (trad, de la 2º, ed. Alemana), Madrid, 1997, p. 1009.

<sup>19</sup> Para ROMEO CASANOBA, C.M., ob, cit, p. 50, no concurrían en este caso, los supuestos de aplicación del principio de precaución: los funcionarios no estaban realizando una actividad de la que pudiera sospecharse un peligro para la población reclusa, al adoptar medidas de prevención entre los internos, de acuerdo con el saber de la época.

<sup>20</sup> ROMEO CASANOBA, C.M., ob, cit, p. 51

Una de las cuestiones más espinosas relacionadas con el principio de precaución, atañe a la responsabilidad de las personas que tienen poder de decisión sobre las cautelas a aplicar, ante la posibilidad de la producción de resultados graves o catastróficos. Se dice así, que se trata de un principio que pretende una evaluación previa en la toma de decisiones en el ámbito político, dentro de las funciones de control de las actividades de riesgo. En este aspecto, la funcionabilidad del principio de precaución en la norma extra-penal como soporte del injusto también puede verse en la aplicación de los delitos en los que los sujetos activos, son autoridades o funcionarios públicos. De ahí, que la inobservancia dolosa por parte de la autoridad o funcionario público de las cautelas derivadas del principio de precaución inserto en una norma extra-penal, podría dar lugar a la comisión de un delito de Prevaricación Administrativa del art. 404 del CP. Un supuesto de imputación por Prevaricación Administrativa tuvo lugar como consecuencia de la no autorización de la manifestación del 8-M, ante el incremento del “riesgo” de contagio, cuando ya amenazaba la crisis del COVID-19 previa las advertencias de la OMS, y que, sin embargo, previa la realización de determinadas diligencias, fue archivada provisionalmente. En todo caso, en materia Salud Pública, cabe subrayar que, en los supuestos de emergencia sanitaria con grave peligro a la población, las Autoridades Administrativa se encuentran sometidas “al principio de precaución” que aparece expresamente recogido en el art. 3. apartado d) de la Ley de Sanidad pública de Ley 33/2011 de 4 octubre, y que nos dice: “Las Administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, estarán sujetos al principio de precaución (entre otros): La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando

hubiera *incertidumbre científica* sobre el carácter del riesgo, *determinará la cesación*, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren.” Por tanto, aún en el caso existencia de incertidumbres causales por indicios de afectación grave a la salud de la población, las Autoridades deben actuar sobre aquellas actividades que lo produzcan, sin necesidad de un conocimiento objetivo y cierto sobre los riesgos.

#### IV. Bibliografía.

AGUILAR, S/JORDAN, J., Principio de precaución, políticas públicas y riesgo, Política y Sociedad, 2003, Vol.40, núm. 3, 2003.

BECK, U., La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 1988.

BERK, U., Politics of risk society, en J. Franklin (ed), Londres, Polity Press, 1998.

DEFOE, D., Diario del año de la peste, Universidad Virtual Universal.

GARCÍA ACOSTA, V., EL Riesgo como construcción Social y la construcción social de los riesgos, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Distrito federal, México, 2005.

JIMÉNEZ DIAZ, M.J., Sociedad del Riesgo e Intervención Penal, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2015.

ROMEO CASANOBA., El principio de precaución en las actividades de riesgo, Cuadernos Judiciales, CGPJ, Madrid, 2002.

ROXIN, Derecho penal Parte General, I, (trad, de la 2º, ed. Alemana), Madrid, 1997.

SHÜNEMANN, B., Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Crónicas Extranjeras.

<sup>21</sup> Vid. STS 1546/1999 de 6 de noviembre de 1999.