BOLETÍN 4

Juezas y Jueces *para la* Democracia

ACCESO A LA CARRERA JUDICIAL

PENAL VOL. II

SEPTIEMBRE 2022

EDITADO EN MADRID POR JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA POR LA CATEGORIA DE MAGISTRADOS/AS

BOLETÍN PENAL VOL.II

SEPTIEMBRE 2022

CONSEJO DE REDACCIÓN
Diego Gutierrez Alonso
Mariano López Molina
Julia Sauri Martín

COORDINACIÓN
Fátima Mateos Hernández

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Teresa Compairé

IMÁGENES
Pixabay
Freepik

EDITA
Juezas y Jueces para la Democracia

ISSN 2951-9330

SUMARIO

08

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TS. SALA 2ª DE LO PENAL DE 26 DE ABRIL DE 2022 SOBRE LA DIFERENCIACIÓN DE CONCEPTOS GRUPO CRIMINAL Y MERA CODELINCUENCIA.

ILDEFONSO MANUEL GÓMEZ PADILLA
Fiscal sustituto adscrito a la provincia de Córdoba.

09

COMENTARIO A SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 358/22 DE 7 DE ABRIL. EL TRIBUNAL SUPREMO SE PRONUNCIA POR PRIMERA VEZ SOBRE EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA DE UN DOMINIO DE INTERNET.

NURIA JURADO ROMÁN
Jueza sustituta Adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

10

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 488/2022, DE 19 DE MAYO, SOBRE DELITOS DE ODIO: LA ACTIVIDAD PONDERADORA DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 510 Y 578 DEL CÓDIGO PENAL.

MARÍA JOSÉ LEONÍS SÁNCHEZ
Jueza sustituta adscrita TSJCV.

11

BREVE ANÁLISIS DE LA STS 490/2022 (Rec. 1931/2022), Sala Segunda, de 19 de mayo de 2022 sobre vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías por devolución del veredicto y destrucción del acta inicial.

LUCÍA LÓPEZ MORENO
Letrada de la Administración de Justicia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 11ª, con sede en Elche.

12

EL CONSENTIMIENTO PARA LA AUTORIZACIÓN EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO. EL TITULAR DEL DERECHO Y EL TITULAR DE LA FACULTAD DE AUTORIZAR

TATIANA LÓPEZ PÉREZ
Abogada ICA de Madrid, Alcalá de Henares y Guadalajara.

13

LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN AL NO HABERSE SATISFECHO LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 32/2022, DE 7 DE MARZO (RECURSO DE AMPARO Nº 1723/2020).

JOSÉ-BLAS FERNÁNDEZ ESCOBAR
Abogado ICA de Cádiz.

08

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL T.S. SALA 2ª DE LO PENAL DE 26 DE ABRIL DE 2022 SOBRE LA DIFERENCIACION DE CONCEPTOS GRUPO CRIMINAL Y MERA CODELINCUENCIA

Ildefonso MANUEL GÓMEZ PADILLA
Fiscal sustituto adscrito a la provincia de Córdoba.

sumario

I. APROXIMACION CONCEPTUAL.
II. BREVE ANALISIS DE LA SENTENCIA DEL T.S. SALA 2ª DE LO PENAL DE 26 DE ABRIL DE 2022 DE LOS CONCEPTOS GRUPO CRIMINAL Y MERA CODELINCUENCIA.
III. CONCLUSIONES.

RESUMEN

Con este trabajo, se pretende hacer un breve análisis actualizado de los conceptos de Grupo Criminal y mera Codelincuencia conforme al último pronunciamiento al respecto que ha realizado nuestro más alto Tribunal en su Sentencia núm. 408/2022 de 26 de abril de 2022 siendo ponente de esta el Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

El concepto "delincuencia organizada" fue empleado por primera vez por el criminólogo norteamericano John Ladesco en 1929, para designar a las operaciones delictivas provenientes de la mafia.

Una aproximación general a los conceptos enunciados pasa inicialmente por definir la **delincuencia organizada** como la actividad delictiva de un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención de Palermo con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico, político u otro beneficio de orden material.

En la sociedad usualmente se comete el error de usar indistintamente los conceptos de **crimen organizado** y **organizaciones criminales**. Ambos hacen referencia a un grupo de personas que, buscando alcanzar sus objetivos (que pueden ser riqueza, poder, etc. ya que esto es propio de los grupos terroristas.), realizan acciones que van en contra de la legislación existente. La diferencia central entre crimen organizado y grupo criminal es que en el primero existen personas con los vínculos necesarios para evitar ser perseguidos por los delitos que cometen o evitar la pena o castigo de estos, y el grupo criminal no tiene estos vínculos.

El término de crimen organizado se ha utilizado recientemente para señalar a grupos de personas que se dedican a traficar drogas, personas, cometer secuestros, asesinatos, entre otros delitos.

Con el propósito de armonizar la definición sobre delincuencia organizada y promover mecanismos de cooperación para su combate a nivel internacional, en 2000 las Naciones Unidas adoptaron en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En dicho instrumento se recogen definiciones universales sobre este fenómeno y se establecen mecanismos para su combate.

A mayor abundamiento, debe citarse como marco regulatorio, la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el "Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada!, que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/479/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Trasnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Las SSTS 337/2014, de 16 de abril; 577/2014, de 12 de julio; 454/2015, de 10 de julio recogen, entre las novedades introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, que introduce un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del Libro II, que comprende los arts. 570 bis, 570 ter y 570 quarter, bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales" que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada" y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales referidos anteriormente. Nos remitimos, en aras a la brevedad que requiere este trabajo, al art. 570 bis que define la **organización criminal** y al art. 570 ter in fine describe el **grupo criminal.**

Ambas definiciones, precisan que la estructura, más o menos estable, se establezca con el fin de cometer varios delitos, no uno solo.

La jurisprudencia diferencia estos términos entre múltiples SSTS. 309/2013, 855/2013, 950/2013, 1035/2013, incidiendo en que no debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo, supuestos. más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

De reciente publicación, se debe hacer referencia a la STS 161/2022, de 23 de febrero, que declara que el delito de perte-

nencia a grupo criminal del artículo 570 ter no exige como requisito del tipo la comisión efectiva de ningún delito, pues, según la definición legal, basta parala consumación que se unan más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características dela organización criminal (carácter estable o por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan tareas o funciones), tengan por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

Es suficiente, por lo tanto, el propósito bien establecido de cometer delitos de forma concertada entre los integrantes del grupo. Así pues, no es necesario que en cada caso se produzca, como elemento o requisito previo, la condena por alguno o algunos delitos. Recuerda la STS 150/2022, de 22 de febrero, que la estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas". Y se añade en esta sentencia para describirlo: "El concepto de grupo criminal es, pues, de carácter residual frente al de organización criminal, con el que presenta algunas semejanzas, como el hecho de estar constituido por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos; sin embargo, se crea sobre los conceptos negativos de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que surja la figura de grupo criminal.

En definitiva y a tenor de la anterior definición legal el grupo criminal sólo requiere de dos elementos: a) Pluralidad subjetiva: unión de más de dos personas. b) Finalidad criminal: pues debe tener por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos. Nunca para uno solo.

El grupo deberá presentar una cierta estabilidad, aunque sea menor de la exigida para la organización criminal, lo que permitiría apreciar su existencia aun cuando su formación tenga por objeto la comisión de un solo delito, siempre que esté presente una cierta complejidad y una exigencia de mantenimiento temporal relevante, que vendría a permitir nuevos delitos similares.

El precepto no incluye como elemento del tipo objetivo, ni el contacto personal entre los integrantes del grupo ni la presencia necesaria de todos y cada uno de los integrantes del grupo en todas y cada de las infracciones que al mismo se atribuyan. La concertación a que se refiere aquel precepto no evoca, ni siquiera en su significado genuinamente gramatical, la proximidad física entre aquellos que se conciertan. Dicho de forma más gráfica, el acuerdo de voluntades y la asunción de cometidos pueden realizarse a distancia, sin necesidad de compartir el mismo escenario. Es más, no son descartables los casos en los que esa falta de conocimiento personal entre quienes delinquen concertados sea la consecuencia de una elemental estrategia delictiva orientada a evitar la delación".

Destaca el TS, también, que en las sentencias de esta Sala 494/2020, de 7 de octubre, con cita de la 216/2018, de 8 de mayo de 2018, en los grupos criminales no se trata de una "unión fortuita para la comisión inmediata de un solo delito", los grupos criminales son definidos en el nuevo artículo 570 ter por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

Cuando con el transcurso del tiempo la delincuencia "común", llega a tal extremo de "evolución" o "perfeccionamiento"; cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en su comisión; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas, que estamos frente a un caso de delincuencia organizada.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS SALA 2ª DE LO PENAL DE 26 DE ABRIL DE 2022 DE LOS CONCEPTOS GRUPO CRIMINAL Y MERA CODELINCUENCIA

Queda probado que los acusados, con antecedentes penales, actuando como grupo de forma previamente concertada y planificada, disponiendo y organizando los medios necesarios, haciendo uso de varios vehículos en sus desplazamientos, con el propósito común de obtener un beneficio ilícito, se desplazaron a la vivienda habitual de Ildefonso y Elisabeth provistos entre otros instrumentos de un martillo con el que fracturan la puerta metálica de acceso a la finca y la mosquitera de cristal de la puerta de la vivienda, accediendo al interior del inmueble en busca de un alijo de hachís. Entraron con los rostros tapados con pasamontañas o pañuelos con guantes en las manos, portando y exhibiendo armas e instrumentos peligrosos gritando "Guardia Civil al suelo", atemorizando a sus dos moradores e interrogándolos para determinar el lugar donde se hallaba la droga. Así mientras procedían al registro de la vivienda y del resto de la finca una parte del grupo inmovilizo contra el suelo a Ildefonso agrediéndolo con un objeto contundente en la cabeza para que confesara donde ocultaba la droga, mientras que la otra parte del grupo retuvo a Elisabeth en el dormitorio de esta en la segunda planta, mientras le apuntaban con un arma y le ponían una ganzúa en el cuello para que confesara lo mismo y amenazándola con matar a su marido sino decía donde estaba la droga.

Los acusados se apoderaron de varios enseres tasados en 1080 euros y 72 euros en efectivo y rompieron los teléfonos móviles de ambos valorados en 405 euros con el fin de facilitarse la huida y que no pudieran pedir auxilio inmediato.

Los moradores sufrieron diferentes lesiones con necesidad de solo una primera asistencia médica y sin tratamiento médico posterior. La reparación de los daños causados en el domicilio se tasa en 285 euros.

Se autoriza judicialmente la entrada y registro en los domicilios de los siete acusados por los hechos investigados: robo, tenencia ilícita de armas, usurpación de funciones públicas, falsificación de matrícula y pertenencia a grupo criminal interviniéndose diversos efectos.

A pesar de que tales elementos parecieran significar la actuación en grupo, es lo cierto que únicamente se da cuenta de la ideación para la planificación y distribución de funciones entre los acusados para la comisión de un solo delito, no para la comisión de varios delitos, como necesariamente debe quedar probado.

La reunión previa de la madrugada del día en que tienen lugar los hechos parece lógica para llevar a cabo el asalto y reparto de funciones, lo que **no permite definir el grupo más allá de la mera coautoría**.

No es significativo el uso de los vehículos de los que hacen uso para su desplazamiento ni las comunicaciones previas entre ellos meses antes, ni se utilizan medios de comunicación especializados o variados como muchos móviles para dicha finalidad. El reparto de papeles es consustancial también a la coautoría, así como el fin del asalto, teniendo por objeto robar hachís, el cual no se halló en la morada asaltada. Por último, tampoco quedan probadas las armas que se exponen que portaban, al igual que los instrumentos peligrosos (martillo).

No obstante, tales elementos vienen a poner sin duda de manifiesto que el hecho delictivo cometido por ellos de manera conjunta no obedecía a la simple improvisación ni era tampoco el resultado de una decisión adoptada de manera espontánea o inmediatamente anterior a su ejecución. Al contrario, los acusados planificaron cuidadosamente la acción de predatoria que de manera conjunta proyectaba realizar y, efectivamente ejecutaron. Se proveyeron también de los medios adecuados para ello, mantuvieron reuniones entre si previas orientadas a organizar el modo más adecuado para llevarlo a término y se distribuyeron cuidadosamente los diferentes papeles o funciones a desempeñar por cada uno.

Sin embargo, del relato de hechos declarados probados, fundamenta la aplicación de la figura del grupo criminal, traspasando el mero ámbito de la codelincuencia. Y ello porque la cuidadosa y organizada planificación del hecho delictivo cometido, no permite considerar que la agrupación que formaban los acusados tuviera por objeto la comisión de hechos delictivos plurales (hechos delictivos distintos del aquí enjuiciado).

"la cuidadosa y organizada planificación del hecho delictivo cometido, no permite considerar que la agrupación que formaban los acusados tuviera por objeto la comisión de hechos delictivos plurales"

III. CONCLUSIONES

La STS del supremo analizada, suprime el fallo de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 2 de Cádiz, ratificada en apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con fecha 30 de septiembre de 2021, en lo que a este trabajo nos interesa con respecto a la condena por delito de pertenencia a grupo criminal para todos los acusados, a quienes se absuelve de dicho delito, declarando de oficio las correspondientes costas procesales.

Determinada la diferencia entre **organización y grupo criminal**, habrá que distinguir, el **grupo criminal** de los supuestos de **mera codelincuencia**. Así la citada STS 277/2016, señala que para esclarecer la diferencia entre el grupo criminal y los supuestos de simple codelincuencia o coparticipación es conveniente tener en cuenta la Convención de Palermo al definir el grupo organizado como no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. **Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello, cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito especifico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, no siendo aplicable la figura de grupo ni de organización.**

A mayor abundamiento, **la codelincuencia se apreciará, en aquellos casos en los que la agrupación fuera solo de dos personas, no obstante, cuando sea mayor, no siempre se apreciará grupo criminal.** El criterio diferenciador buscarlo en las disposiciones internacionales mencionadas.

Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello, cuando se forme una agrupación de personas para la comisión de un delito especifico nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización.

Destacar la especialidad, cuando el grupo u organización tenga por objeto la realización concertada de una actividad de **tráfico de drogas** integrada por una pluralidad de acciones de tráfico, aun cuando en estos delitos el conjunto de la actividad de tráfico pueda sancionarse como un delito único, por su naturaleza de tipos con conceptos globales, sin embargo a los efectos de la tipificación del grupo u organización el tráfico reiterado de drogas debe considerarse como una actividad delictiva plural.

NOTAS Y BIBLIOGRAFIA:

1. Naciones Unidas (2000). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Viena: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito p. 5. Consultado el 9 de junio de 2022.
2. Roj: STS 1941/2022 – ECLI:ES:TS:2022:1941
3. INFOFISCALIA – INFORMACION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. 2 DE JUNIO DE 2022 – Nº 88/22: “Diferencia entre Grupo Criminal y Codelincuencia”.

09

COMENTARIO A SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 358/22 DE 7 DE ABRIL. EL TRIBUNAL SUPREMO SE PRONUNCIA POR PRIMERA VEZ SOBRE EL **DELITO DE APROPIACION INDEBIDA DE UN DOMINIO DE INTERNET**

Nuria JURADO ROMÁN
Jueza sustituta Adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. HECHOS JUSTICIABLES. III. ANÁLISIS DE LA STS 358/22 DE 7 DE ABRIL. IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL ARTICULO 253 DEL CODIGO PENAL. V. REFORMA DEL ARTICULO 252 CP OPERADA POR L.O. 1/2015 DE 30 DE MARZO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA. VIII. ADENDA

resumen

El Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre el delito de apropiación indebida de un dominio de internet; considera que no es posible tipificar como apoderamiento del nombre de dominio, en el caso que sus titulares efectúen, en el ejercicio de las funciones -que hasta ese momento ostentaban en la asociación-, las acciones para obstaculizar a la encausada y anterior secretaria general, el acceso a la URL, y así redireccionar a todos los donantes a un nuevo dominio creado ex ante, por los acusados; y ello a la vista, que las acciones investigadas en el factum probatorio y que habrían desembocado en la apropiación indebida del nombre de dominio, se realizaron previamente al cese formal de los encausados como miembros de dicha asociación; no dándose los elementos del tipo penal, para encuadrar los hechos enjuiciados, en dicho ilícito penal.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia nº 358/22 de 07 de abril de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, estima un recurso de casación por infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1 de la LECrim, frente a la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Ilma Audiencia Provincial del Guadalajara de fecha 13 de diciembre de 2019 en el Rollo de Sala nº 32/2019; el Tribunal de instancia, condenaba, por un delito de **apropiación indebida de un dominio de internet**, siendo ponente el Excmo. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez. El Alto Tribunal absuelve a los acusados -ahora denominados encausados, en virtud de Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales-, siendo éste el primer pronunciamiento en esta materia, y de ahí su carácter de novedoso. En el caso analizado, **los hechos no tienen encaje penal en ninguno de los delitos a los que puede dar lugar el uso ilícito de un dominio de internet en cuanto derechos amparados por una marca** -tales como delitos **contra la propiedad industrial** o **intelectual**, delito de **estafa**, o delito de **sabotaje informático**-.

II. HECHOS JUSTICIABLES

En la sentencia de instancia se enjuician unos hechos por los que los cuatro encausados, sin antecedentes penales, constituyen en fecha de 28 de mayo de 2010, una asociación para divulgar contenido religioso de una iglesia adventista por medio de diferentes canales audiovisuales -entre ellos, la emisión de mensajes en canales de televisión dirigidos por el pastor de la referida iglesia-; le dan el nombre de Asociación 'Alfa Educación para una Salud Integral' y ostentan diferentes cargos de presidente, secretaria general, miembro constituyente y técnico; los gastos generados se abonaban con las donaciones de sus seguidores.

Para lograr su propósito, crean y registran el día 04 de agosto de 2010, y a nombre de la asociación, una página web con el dominio de internet www.alfatelevisión.org, renovada para dicha asociación el día 18 de julio de 2011 por plazo de 9 años, abonando 9,69 euros; a dicho dominio tenían acceso los encausados y la denunciante -secretaria general de la asociación inicial-; procediendo a la apertura de cuentas bancarias a nombre

de la asociación, y de una cuenta en PayPal – a su vez asociada al correo paypal@alfatelevision.org, y a la cuenta bancaria-, de la que tenían contraseña, al menos dos de los encausados; la finalidad de dicha cuenta era la recepción de donaciones con las que abonar los gastos; el 17 de mayo de 2013, se registró a favor de la asociación, la marca Alfa Televisión; posteriormente, por Acuerdo de Junta de 02 de junio de 2014, los encausados fueron cesados como miembros de la misma.

Surgieron discrepancias en la asociación de la que aún eran miembros los encausados, por lo que cuatro años más tarde crearon una nueva, registrando otra marca, cambiando contraseñas de acceso a la cuenta Paypal y al dominio de internet, a fin de bloquear el acceso a la URL a la secretaria general de la asociación originaria (quien denunció los hechos), y redireccionaron a los donantes a un nuevo dominio creado por los acusados, siendo posteriormente cesados de la asociación de origen.

III. ANÁLISIS DE LA STS 358/2022 DE 7 DE ABRIL

En la Sentencia objeto del presente análisis, se examina la creación de la nueva asociación Alfa Salud Total, su registro a nombre de esta sociedad de la marca Alfa TV, el cambio de contraseña de acceso a la cuenta Paypal de Alfa Televisión y la sustitución del correo inicialmente asociado por otro.

El hecho determinante es la fecha en que se crea esta nueva asociación, por cuanto tiene lugar con anterioridad a la fecha de la Junta de 02 de junio de 2014, momento en que los cuatro encausados fueron cesados por acuerdo de la Junta de la Asociación originaria 'Alfa Educación para una Salud Integral'; siendo de relevancia que es el propio presidente de la asociación, con conocimiento y consentimiento de los otros dos encausados, quien ordena dicho cese.

IV. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 253 DEL CÓDIGO PENAL

El Tribunal Supremo examina en la sentencia, la conducta de los encausados, al entender que no encaja en los elementos del tipo penal del delito de apropiación indebida. El fundamento de tal apreciación es que todos sus actos se produjeron cuando todavía eran miembros de la asociación originaria, en cuyo seno había surgido el conflicto que dio origen al cese de los anteriores miembros y a la creación ex novo de otra asociación.

Indica la resolución de la Sala Segunda, que ***"la inclusión del nombre de dominio entre los activos patrimoniales de cualquier empresa -afirmación incuestionable, pues posee un valor económico- no conduce de forma inexorable a concluir que la indebida utilización de ese dominio es constitutiva de este delito"***.

Entendiendo en este sentido, que no se dan los elementos del delito que exige la estructura típica del artículo 253 del Código Penal; y añade que ***"Aun cuando interpretáramos con la máxima flexibilidad el objeto material del delito de apropiación indebida, entendiendo que la supresión de la expresión 'activo patrimonial' no implica una restricción de la porción de injusto abarcada por el nuevo artículo 253 del Código Penal, es indispensable que ese objeto de valor económico se haya recibido***

en ... depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos". Conforme a lo expuesto por el Tribunal Supremo, los hechos probados, dicen lo contrario, a la vista que la creación de la nueva *Asociación Alfa Salud Total*, el registro a nombre de esta sociedad de la marca *Alfa TV,* el cambio de contraseña de acceso a la cuenta *Paypal* de *Alfa Televisión* y la sustitución del correo inicialmente asociado por otro diferente, se producen antes de la fecha del cese de los encausados por acuerdo de la Junta de la asociación origen.

En este orden de cuestiones, no es posible hablar de apoderamiento del nombre de dominio, por cuanto, como se ha indicado anteriormente, son los propios titulares de ese nombre de dominio los que efectúan, en ejercicio de sus funciones, las acciones relatadas.

V. REFORMA DEL ARTÍCULO 252 CP OPERADA POR LO 1/2015 DE 30 DE MARZO

El Tribunal de instancia reconoce que calificar los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, se adapta mejor a la redacción previgente del art. 252 del Código Penal (que ampliaba su ámbito al incluir dinero, efectos, valores, o cualquier otro activo patrimonial).

La reforma operada en virtud de LO 1/2015, de 30 de marzo –de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre del Código Penal-, introdujo un novedoso tratamiento al distinguir el delito de apropiación indebida del artículo 253 del CP, y el delito de administración desleal del artículo 252 del mismo texto legal.

No discute la Sentencia del Tribunal Supremo, la inclusión del nombre de dominio entre los activos patrimoniales de cualquier empresa, conforme a su valor económico; excluyendo automatismos en el sentido que no es posible considerar que la indebida utilización de ese dominio sea constitutiva per se, de un delito de apropiación indebida.

La fundamentación jurisprudencial es, que la estructura típica del delito del artículo 253 del CP (artículo 252 previgente a la reforma)- exige otros elementos del delito que en el caso analizado en la sentencia, no se dan; a mayor abundamiento, aunque se suprimiera de la redacción del precepto legal, la expresión 'activo patrimonial', seguiría siendo necesario que el objeto de valor económico se reciba en "***... depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos***".

Y por último, nos recuerda la Sala juzgadora, que una acción de este tipo, no siempre permanece ajena al derecho penal; y ello, al estimar que la creación del nuevo dominio por el encausado, siendo todavía presidente de la primera de las asociaciones, puede ser un acto de deslealtad, que para calificarse como delito de administración desleal del artículo 252CP, requiere de otros elementos; y cabe recordar, que el nombre de dominio, que se traduce en un valor económico o activo patrimonial, no es objeto de administración por los dirigentes de la asociación.

VI. CONCLUSIONES

Con el novedoso pronunciamiento en la Sentencia número 358/22, el Tribunal Supremo examina por vez primera, un delito de apropiación indebida de un dominio de internet. La Sentencia de la Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Guadalajara condena a cada uno de los cuatro encausados, como autores penalmente responsables, de una falta de apropiación indebida previsto y penado en el artículo 623.4 del CP -según la redacción vigente en el momento de los hechos-, a la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 12 euros -720 euros-, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, y al pago de 1/3 parte de las costas procesales -incluida una 1/3 de las costas de la acusación particular-. En la misma sentencia, se les absuelve junto a la Asociación Alfa Salud Total (Alfa Tv), del delito de descubrimiento y revelación de secretos, del delito de estafa y del de apropiación indebida.

Nuestro Alto Tribunal absuelve a los encausados, al entender que, en la fecha de hechos no es posible hablar de apoderamiento del nombre de dominio, al ser los propios titulares de ese nombre de dominio los que efectúan, en ejercicio de sus funciones, las acciones objeto de enjuiciamiento.

La creación de la nueva *Asociación Alfa Salud Total*, el registro a nombre de esta sociedad de la marca *Alfa TV,* el cambio de contraseña de acceso a la cuenta *Paypal* de *Alfa Televisión* y la sustitución del correo inicialmente asociado por otro diferente, se producen antes de la fecha del cese de los encausados por acuerdo de la Junta de la asociación originaria; hecho que fundamenta la no integración de los hechos probados como elementos del tipo penal del delito de apropiación indebida del artículo 253 -que antes de la reforma por LO 1/2015 del CP era el 252-; **sin posibilidad de concurrir en automatismos de tipificar como delito de apropiación indebida, el inadecuado uso, de un dominio de internet, exigiéndose, el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales,** conforme se indica en la Sentencia analizada.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Sentencia nº 358/22 de la Sala Segunda de Tribunal Supremo de 07 de abril *(STS 1464/2022-ECLI:ES:TS:2022:1464-, recurso casación 2125/2020, ponente Excmo Magistrado D. Manuel Marchena*).

VIII. ADENDA

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y sus posteriores reformas.

Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, y posteriores modificaciones.

10

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 488/2022, DE 19 DE MAYO, SOBRE DELITOS DE ODIO:

LA ACTIVIDAD PONDERADORA DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 510 Y 578 DEL CÓDIGO PENAL.

María José LEONÍS SÁNCHEZ
Jueza sustituta adscrita TSJCV

sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES. III. DISECCIONANDO LA STS 488/2022, DE 19 DE MAYO. 1.Estructura. 2. Ponderación jurisprudencial. 3.Línea jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional. IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Esta Sentencia resulta oportuna para clarificar la posición jurisprudencial del Alto Tribunal en relación a los llamados "delitos de odio", en los que se produce un conflicto entre derechos fundamentales, que obligan al Tribunal Supremo a ejercer una labor de ponderación de los mismos. El binomio conflictivo lo conforman la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución) y los derechos que protegen figuras como la del artículo 510 CP, que van dirigidos a tutelar múltiples colectividades de los ataques que, como consecuencia de expresiones verbales o escritas, pueden sufrir tanto en sus propias personas, como en sus bienes, individuales o colectivos.

Ataques que provienen de expresiones que rebasan el ámbito de la mera opinión y son meras manifestaciones de desprecio y odio. Es conocida al respecto la posición del Tribunal Constitucional, que ha expresado en numerosas sentencias cómo el derecho constitucional a la libertad de expresión "no ampara el derecho al insulto".

Son figuras delictivas no exentas de problemas. Algunos autores apuntan a la colisión entre estas figuras delictivas y el principio de intervención mínima, así como que no dejan de ser delitos que sancionan la opinión, y que podrían contravenir el derecho a la libertad de expresión. Otros entienden que procedería despenalizar estas figuras, dado que no se castigan, por ejemplo, el enaltecimiento de delitos comunes como la violación, o la defensa de regímenes totalitarios.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

El Tribunal Supremo se ha debido pronunciar en supuestos de gran relevancia mediática sobre la aplicación de figuras delictivas como la del art. 510 CP, o la del art. 578 CP en relación a la humillación de las víctimas del terrorismo, que entran en directo conflicto con la libertad de expresión.

Ya en 2011, el Tribunal Supremo indicó que el derecho a la libertad de expresión ampara la posibilidad de asumir cualquier idea, expresarla y difundirla con los límites que implica la convivencia con los demás, y el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo la necesidad no sólo de efectuar una ponderación de intereses constitucionales, sino que, realizada, la misma resulte procedente la intervención del Derecho penal.

Viene a la mente el caso de Casandra Vera, usuaria de la red social "Twitter" que publicó mensajes en los que, empleando la ironía y el humor, realizaba analogías entre el asesinato del almirante y ministro del gobierno franquista Carrero Blanco (asesinado por la organización terrorista ETA el 20 de diciembre de 1973, mediante un explosivo que provocó que el vehículo en el que viajaba se elevara varios metros sobre el suelo, hasta el punto de sobrevolar un edificio), con diversos objetos o personajes voladores o que se desplazaban por el aire (el superhéroe Spider-Man o un programa espacial).

Condenada por un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación al apreciar diversos factores. Entre ellos, el tiempo

transcurrido desde los hechos de los que se hacía mofa, prestando especial atención al contexto. Y así señala que "*El propio transcurso del tiempo y la oxidación o agotamiento del tema en clave de humor negro*", era una circunstancia clave.

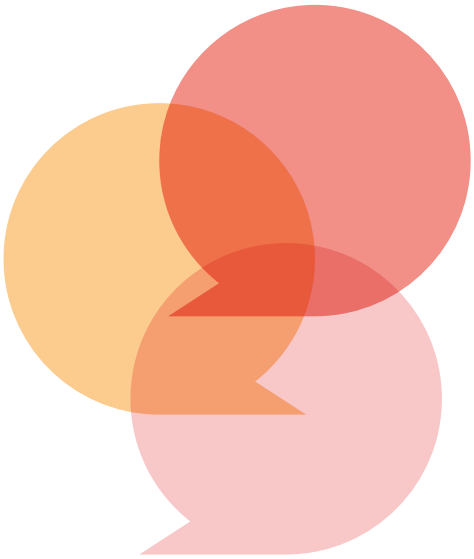
Asimismo, el Tribunal aclaraba que "*el vocablo discurso, incluso en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia*.", y que "*el derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia*".

También resultó polémico el caso del cantante del grupo musical Def con Dos, César Augusto Montaña Lehman (nombre artístico César Strawberry), que publicó varios mensajes en la misma red social, entre ellos el siguiente: "*A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora*".

Aquí el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la Sentencia absolutoria dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, condenando al acusado por el delito de humillación o enaltecimiento del art. 578 CP, apreciando como elemento relevante el menoscabo producido a la víctima a través del mensaje, refiriendo que "*este llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe*" y "*la memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad*", aunque a través de dictamen pericial se determine que "*ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida*".

En este caso, la condena resultó anulada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 35/2020, al estimar el recurso de amparo interpuesto contra la misma.

Recuerda el TC, la necesidad de "*garantizar la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se trata de limitaciones impuestas al derecho a la libertad de expresión en supuestos de aplicación de delitos de enaltecimiento del terrorismo*". La anulación de la Sentencia viene al apreciar que el Tribunal Supremo no había procedido "*con la necesaria suficiencia a la exigencia de valoración previa acerca de si la conducta enjuiciada era una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión, al negar la necesidad de valorar, entre otros aspectos, la intención comunicativa del recurrente en relación con la autoría, contexto y circunstancias de los mensajes emitidos."*



"este llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe" y

"la memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad", aunque a través de dictamen pericial se determine que "ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida"

Estas Sentencias generaron una importante polémica tanto en la sociedad como en la doctrina, habiendo puesto de manifiesto algún autor, la necesidad de efectuar interpretaciones restrictivas de estos llamados "delitos de odio", en la medida en que pueden criminalizar la protesta y restringir la disensión.

III. DISECCIONANDO LA STS 488/2022, DE 19 DE MAYO

1. Estructura

El Tribunal Supremo, en la reciente STS, Sala de lo Penal, nº 488/2022, de 19 de mayo, desestima el recurso de casación planteado contra la Sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimaba a su vez el recurso frente a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que condenó al acusado por un delito contra los derechos fundamentales del artículo 510.1.a) del Código Penal.

Los hechos de la sentencia de instancia consistieron en la publicación de diversos mensajes en las redes sociales por parte de un ciudadano español convertido al islam de la rama chií-jayarí que profirió, a través de los mismos, expresiones amenazadoras contra diversos colectivos, como los musulmanes de la rama suní o los españoles de determinadas zonas del país.

2. Ponderación jurisprudencial

Las reseñadas Sentencias (caso Casandra Vera y César Strawberry) reflejan la evolución de las posiciones recientes del Tribunal Supremo en relación a los delitos contra la libertad de expresión. Aunque en ambos casos se trata del delito de humillación a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP y en el que nos ocupa se aplica el art. 510 CP, de incitación al odio, tratándose de delitos incluidos en títulos distintos (el primero, en el XX, de los delitos contra la Constitución, y el segundo, en el XXI, de los delitos contra el orden público), son innegables los paralelismos entre ambas modalidades delictivas, referidas a manifestaciones de carácter público con la expresión de una opinión que traspasa el mero ejercicio de la libertad de expresión, de amplio rango, para constituir un ilícito penal, al considerarse que tales acciones lesionan los derechos fundamentales de otros.

La diferencia entre ambos delitos claramente está en el destinatario que puede verse afectado o perjudicado por el contenido del mensaje. En el caso del art. 510 CP, lo que se persigue es proteger a cualquier colectivo que sea susceptible de discriminación o de actos de odio, ya sea por su raza, origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual u otros parámetros, para evitar que sean objeto de discriminación, o peor aún, que se fomenten ataques directos contra ellos.

El art. 578 CP, por su parte, protege a las víctimas del terrorismo, no por una consideración de grupo o colectivo en base a una característica, sino a la lesión previa sufrida en tanto que víctimas del terrorismo, que justifica que la ley sancione a quien les ataca verbalmente en tal condición de víctimas, ya para evitar que se les lesione nuevamente agravando el trauma sufrido, ya para evitar la comisión de nuevos actos delictivos contra ellos.

Precisamente, el Tribunal desestima uno de los motivos del recurso, al recordar que el art. 510 CP no constituye un delito de resultado, no siendo preciso la existencia de un "destinatario" que se impulse a actuar contra miembros de colectivos determinados movido de forma directa por el mensaje.

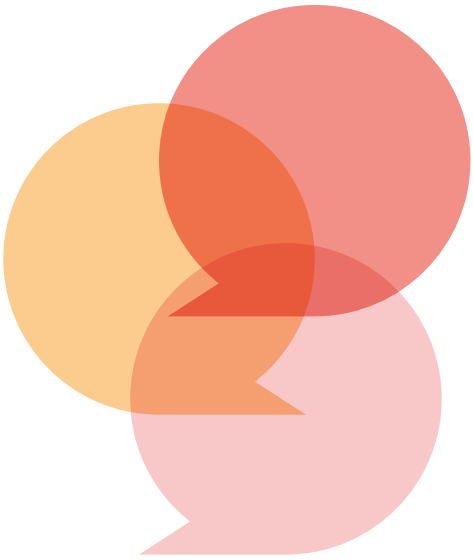
Las analogías entre ambas figuras resultan tan interesantes como las diferencias, que sin duda repercuten en el concreto ámbito que debe delimitar el Tribunal, al ponderar dónde termina la libertad de expresión y dónde empieza el delito.

Resulta interesante, por ejemplo, el argumento empleado para sostener la aplicación del subtipo agravado del apartado 3 del art. 510, "*cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*".

La Sala Segunda, con citación de su Sentencia 4/2017, de 18 de enero, refiere en la Sentencia analizada que "*Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad*", y que "*carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión*".

Asimismo, el Tribunal reflexiona que "*los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de*

"Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad", y que "carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión."



cada delito que hoy, sin embargo, está ausente", lo que, unido al recorrido transnacional de los mensajes en redes sociales, entiende que ha de ser considerado en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico penal. Parece llegar así la Sala a la conclusión de que lo importante, no es el número concreto de personas al que alcance la comunicación, sino el ámbito público e incontrolable en el que queda un mensaje publicado en redes sociales.

En relación a la ponderación entre la libertad de expresión y la concurrencia de la acción típica, el Tribunal delimita que no basta con el uso de una red social para manifestar una opinión hiriente o vejatoria. Se precisa que el mensaje, filtrado por el odio, invite a la violencia, a la acción. No se trata de la mera externalización de un sentimiento de aversión a otros, que la Sala considera no punible, sino que se aprecia "*un potencial efecto erosivo de los pilares que hacen posible la convivencia".*

De esta afirmación parece inferirse que el Tribunal comparte la opinión de buena parte de la doctrina de que si bien el delito no es de resultado y no se exige que acabe motivando a otros a actuar, sí se precisa que las expresiones referidas resulten peligrosas, al generar un ambiente violento y hostil con potencial de materializarse en acciones violentas.

3. Línea jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional

Cita el Tribunal en la Sentencia la posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como los tratados y convenios internacionales suscritos en esta materia por España.

Respecto del TEDH, se menciona la Sentencia *Erbakan v Turkey,* de 6 de julio de 2006. En ella, el tribunal pone de manifiesto la legitimidad de los Estados para adoptar restricciones a la libertad de expresión, en base a los fines de prevenir el odio y la difusión de la intolerancia, siempre que tales restricciones resulten proporcionadas en relación al objetivo perseguido.

Recientemente, la STEDH, sec. 3ª, de 28 de junio de 2021, en un asunto sobre delito de enaltecimiento del terrorismo al que fue condenado el orador principal del acto que pretendía rendir homenaje a un antiguo miembro de la organización terrorista ETA, reproduce los factores a tener en cuenta para la determinación de la existencia de un discurso de odio, recogidos, entre otros en el asunto *Perinçek c. Suiza* [GS], no 27510/08, § 196, CEDH 2015).

También se cita la STC 112/2016, de 20 de junio, que remite a las circunstancias concurrentes para que el órgano jurisdiccional valore si se trata de una expresión protegida por la libertad de expresión o de un atentado a los derechos de la persona, lo que deberá determinarse en cada caso concreto.

Del mismo modo, la STC 35/2020, de 25 de febrero, reitera constantemente que la imposibilidad de encaje en la libertad de expresión de ese mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo en la gran mayoría de la ciudadanía, no la convierte en delictiva, existiendo matices entre *"el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra*

la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento".

IV. CONCLUSIÓN

Realizando una valoración crítica de la Sentencia, puede afirmarse que, si bien el Tribunal expone brillantemente la posición jurisprudencial y efectúa una sabia ponderación de los derechos fundamentales que colisionan, en cierto modo parece apreciarse una oportunidad perdida de llevar a cabo la función nomofiláctica.
Y ello es así por cuanto que si bien el Tribunal deja claro lo que se exige para que la conducta constituya delito frente al mero ejercicio de la libertad de expresión, se pierde la oportunidad de profundizar, en el caso concreto, en los detalles que configuran aquella conducta típica, frente a la que no lo es.

Una exposición detallada e individualizada de los parámetros que determinan que la conducta constituya delito podría haber contribuido a elevar la seguridad jurídica, perfilando la acción típica frente a interpretaciones subjetivas, que en esta delicada materia pueden proliferar, dado que los jueces también son seres humanos y susceptibles de verse influidos por las expresiones ajenas, existiendo el riesgo de que los delitos de odio se empleen para castigar el ejercicio de opiniones que pueden ser extremas y hasta grotescas, pero que con una interpretación razonable no resultarían típicas. La importancia de esta delimitación es de gran relevancia, dado que precisamente el libre y pacífico ejercicio de la libertad de expresión es uno de los principales rasgos que diferencian a las democracias de los regímenes totalitarios.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, C. La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas. Diario La Ley, Nº 8245, Sección Doctrina, 6 de Febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-40, Editorial LA LEY LA LEY 464/2014.

CORRECHER MIRA, J. ¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo. Diario La Ley, Nº 9600, Sección Doctrina, 24 de Marzo de 2020, Wolters Kluwer LA LEY 2945/2020.

CUERDA ARANAU, M.L. Delitos contra la Constitución, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coor.) Derecho Penal, parte especial, Tirant lo Blanc, Valencia 2019.

LEÓN ALAPONT, J. Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos. Diario La Ley, Nº 9572, Sección Tribuna, 12 de Febrero de 2020, Wolters Kluwer LA LEY 1908/2020

MAGRO SERVET, V. Casuística y alcance interpretativo del delito de odio del artículo 510 del Código Penal. Diario La Ley, Nº 8960, Sección Dossier, 12 de Abril de 2017, Wolters Kluwer LA LEY 3598/2017

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

-. TEDH
TEDH 6 de julio de 2006
TEDH 17 de diciembre de 2013
TEDH 28 de junio de 2021

-. TC
STC 112/2016, de 20 de junio
STC 4/2017, de 18 de enero
STC 35/2020, de 25 de febrero

-.TS
STS 4/2017, de 11 de enero. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez
STS 95/2018, de 26 de febrero. Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

---

1. ALASTUEY DOBÓN, C. La reforma de los delitos de provocación al odio y justificación del genocidio en el Proyecto de Ley de 2013: consideraciones críticas. Diario La Ley, Nº 8245, Sección Doctrina, 6 de Febrero de 2014, Año XXXV, Ref. D-40, Editorial LA LEY LA LEY 464/2014, p.1.

2. LEÓN ALAPONT, J. Defensa de regímenes totalitarios: aspiraciones punitivas en tiempos democráticos. Diario La Ley, Nº 9572, Sección Tribuna, 12 de Febrero de 2020, Wolters Kluwer LA LEY 1908/2020, pp.1 y 2.

3. MAGRO SERVET, V. Casuística y alcance interpretativo del delito de odio del artículo 510 del Código Penal. Diario La Ley, Nº 8960, Sección Dossier, 12 de Abril de 2017, Wolters Kluwer LA LEY 3598/2017, p.8

4. Alias utilizado en Twitter. STS 95/2018, de 26 de febrero. Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

5. STS 4/2017, de 11 de enero. Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez. Voto particular de absolución por parte del Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez

6. CORRECHER MIRA, J. ¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo. Diario La Ley, Nº 9600, Sección Doctrina, 24 de Marzo de 2020, Wolters Kluwer LA LEY 2945/2020, p. 12

7. CUERDA ARNAU, M.L. Delitos contra la Constitución, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coor.) Derecho Penal, parte especial, Tirant lo Blanc, Valencia 2019, pp.753-754

8. STEDH, sec. 3ª, de 28 de junio de 2021 (ROJ: STEDH 4/2021 - ECLI:ES:TEDH:2021:4)

9. Si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso. Si este es el caso, el Tribunal generalmente acepta que alguna forma de injerencia con tales declaraciones puede estar justificada. ii. La cuestión de si el discurso, debidamente interpretado y evaluado en su contexto inmediato o más amplio, puede considerarse un llamamiento directo o indirecto a la violencia o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Al considerar esta cuestión, el Tribunal es especialmente sensible con las declaraciones categóricas que atacan o denigran a colectivos enteros, ya sean étnicos, religiosos o de otro tipo. iii. El Tribunal también tiene en cuenta la forma en que se hicieron las declaraciones y su capacidad -directa o indirecta- de causar daño.

11

BREVE ANÁLISIS DE LA STS 490/2022 (REC. 1931/2022), SALA SEGUNDA, DE 19 DE MAYO DE 2022 SOBRE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS POR DEVOLUCIÓN DEL VEREDICTO Y DESTRUCCIÓN DEL ACTA INICIAL

Lucía LÓPEZ MORENO
Letrada de la Administración de Justicia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 11ª, con sede en Elche

sumario

I. ANTECEDENTES DE HECHO. II. MOTIVOS DEL RECURSO. III. PLANTEAMIENTO DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN. IV. VOTO PARTICULAR. V. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

La Audiencia Provincial de Alicante, Secretaría de Jurado, en el Rollo 2/2019 dictó sentencia núm. 10/2019 en fecha 18/11/2019, el que absuelve al acusado, Claudio, del delito de asesinato (respecto de la víctima, Sara, en que falleció a consecuencia de los disparos por parte de persona desconocida) y del delito de tenencia ilícita de armas que se le imputaban en el presente procedimiento.

La referida sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, dictándose sentencia núm. 63/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en fecha 13 de marzo de 2020, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 8/2020, confirmando la sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Alicante.

Contra la referida sentencia se interpuso recurso de casación por la acusación particular por los motivos que a continuación se exponen.

II. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La parte recurrente en el **primero de los motivos**, al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ, denuncia **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías** (art. 24.1. y 2 CE), ante la devolución del veredicto al Jurado, sin previo trámite de audiencia a las partes, privando a la acusación de su derecho de formular alegaciones a tal devolución, tal y como establecen los arts. 53 y 63.3 de la LOTJ, y con ello de la posibilidad de tener conocimiento del veredicto que fue objeto de devolución. Censura con ello, además, la destrucción del acta inicial. Frente a la consideración del Tribunal Superior de Justicia de que no efectuó efectiva protesta, el recurrente afirma que ésta sí existió y que se verificó en el momento en que pudo efectuarse como así se hizo constar en el Fundamento Jurídico 2.2 de la propia sentencia del Tribunal del Jurado y en la propia acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia.

En el **segundo de los motivos** alega **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, en su vertiente de derecho al recurso**, por el hecho de que la copia del veredicto que fue objeto de devolución, mediante el rechazo del acta en el que se contenía, no fue entregada a las partes. De hecho, el acta no fue unida a las actuaciones, sino que fue destruida. Se infringió así lo dispuesto en los arts. 53.1 y 3 y 63.1 de LOTJ, no pudiendo, al no contar con el acta, realizar un recurso efectivo frente a la indebida devolución del veredicto.

Finalmente, en el **tercero de los motivos**, igualmente al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia **vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en su modalidad de derecho al Juez imparcial** (art. 24.1 y 2 de la CE). Considera que las explicaciones dadas por la Magistrado-Presidenta en el momento de justificar la devolución del acta fueron parciales en favor del acusado, infringiendo el derecho fundamental al Juez imparcial (art. 24.1

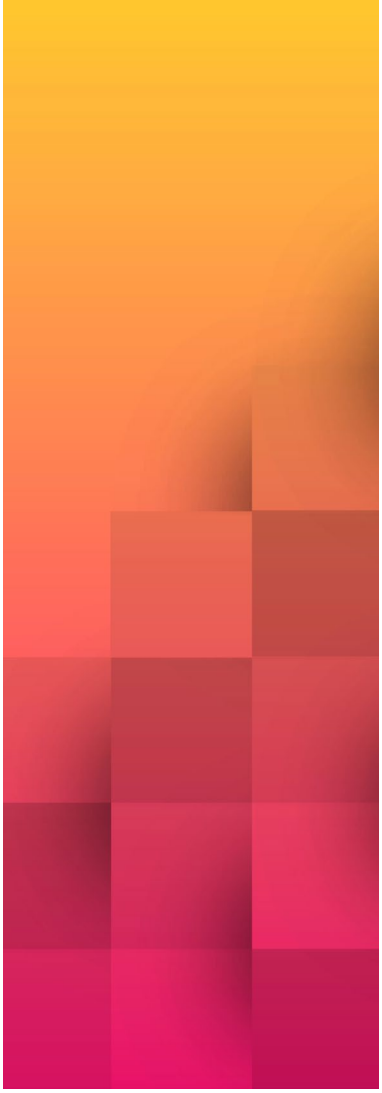
CE), dado que al indicar a los miembros del Jurado que se pronunciaran sobre las pruebas aportadas por la defensa, solicitó la expresa valoración de una prueba concreta de las practicadas en el juicio oral (la de la *parafina,* que tenía por objeto la investigación de residuos de disparo en la piel, específicamente en las manos, o en las prendas de vestir del acusado de haber disparado un arma de fuego), provocando con ello un cambio del veredicto a favor del acusado finalmente absuelto.

III. PLANTEAMIENTO DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Respecto del **primer motivo alegado**, la sentencia considera que no fue conforme a derecho la forma en la que se desarrolló la devolución del acta por la Magistrada-Presidenta. Según la sentencia de casación, tal y como se desprende de los artículos 63, 53 y 64 de la LOTJ. Una vez advertido el defecto que justifica la devolución se debía a audiencia al Fiscal y a las partes para que alegaran su conformidad o disconformidad con el criterio que llevó al rechazo del acta por el Tribunal, evitando así que tal rechazo de la Magistrada-Presidente "*sea interpretado por los miembros del Jurado como expresión del camino que sugiere el Juez técnico como posible desenlace del juicio"*.

Alega, además, que la ausencia de la referida audiencia afectó al contenido material del derecho de defensa, pues ésta pudo llegar a entender, sin que conste acreditado, que la destrucción del acta que reflejaba el primer veredicto pudo ser intencionada y que el Jurado cambió un veredicto inicial de culpabilidad por un segundo de inocencia y que ese cambio de criterio se debió a "*la interpretación que los miembros del Jurado hicieron de las indicaciones que formuló la Magistrada-Presidenta durante el desarrollo de la audiencia para justificar la devolución del acta"*.

Respecto de la reclamación de subsanación como presupuesto de viabilidad del recurso de apelación contra la sentencia recaída en el tribunal del Jurado, que viene impuesta por el art. 846 bis c), a) de la LECrim, La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo entiende que, a diferencia del Tribunal Superior de Justicia, la protesta del recurrente sí fue "*más que suficiente para superar cualquier obstáculo para la acogida del recurso"*, porque, por una parte, la parte "*queda liberada de tal exigencia*", al amparo del art. 846 bis c) LECrim, ya que si la infracción denunciada



" la interpretación que los miembros del Jurado hicieron de las indicaciones que formuló la Magistrada-Presidenta durante el desarrollo de la audiencia para justificar la devolución del acta"

constituye vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado no es necesaria expresa protesta y, de otra, porque es difícil protestar *"en un acto que ha sido suprimido"*, esto es, la audiencia a las partes prevista en los citados artículos 53.1 y 3 y 63.1 de LOTJ.

En cuanto al **segundo motivo** alegado y en lo relativo a la destrucción del acta, a diferencia igualmente del criterio sostenido por el Tribunal Superior de Justicia, la Sala sostiene que no puede entenderse como una simple irregularidad de forma, sino que "*constituye una grieta estructural del contenido material del derecho de defensa sin que pueda cerrarse reprochando a las partes que no se interesaron por el desenlace numérico de la deliberación o que esperaron al segundo veredicto para pedir una copia del acta ya destruida*". Las partes tenían derecho a conocer si la valoración de la prueba inicial por los miembros del Jurado era o no suficiente para justificar la autoría del delito objeto de acusación, mediante la lectura del acta original. Por consiguiente, las partes tenían derecho a tener constancia, a la vista de su contenido, de los motivos que llevaron a la Magistrada-Presidenta a la devolución del acta y a tener la oportunidad de realizar alegaciones a partir de la lectura de los motivos por los que fue devuelto el objeto del veredicto para su rectificación, quedando resentido, al obrar como se hizo, el derecho a la defensa y menoscabado el derecho a un proceso con todas las garantías.

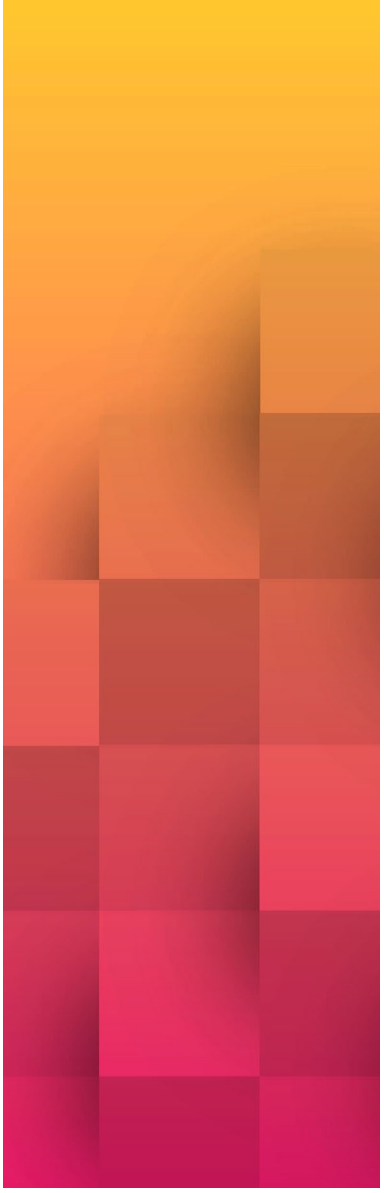
Respecto del **tercer motivo**, la Sala observa, a diferencia del recurrente, que no puede darse como cierto el hecho de que el primero de los veredictos rechazado fuera un veredicto de condena. Ahora bien, con la destrucción del acta se impidió que las partes pudieran conocer si los motivos de la devolución se referían o no "*a un veredicto de condena que no había valorado suficientemente la prueba de descargo*", dando lugar con ello a que existan dudas sobre cuál era el sentido condenatorio o absolutorio del primer veredicto, sentido que tan sólo conocen los miembros del Jurado, la Magistrada-Presidenta y el Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal del Jurado y, lo que es más importante, añade el Alto Tribunal "*sólo ellos saben si el segundo veredicto que ha puesto término al procedimiento fue expresivo de la claudicación respecto de lo que el Jurado creía y la asunción de lo que interpretaron como una decisión guiada por la Magistrada-Presidente llamada a corregir sus errores*".

" la Sala observa, a diferencia del recurrente, que no puede darse como cierto el hecho de que el primero de los veredictos rechazado fuera un veredicto de condena."

De haber existido esa rectificación del sentido del veredicto, continúa considerando la Sala, lo que no se descarta ni siquiera en la sentencia de apelación, la parcialidad de la Magistrada-Presidenta del Tribunal del Jurado quedaría ensombrecida sobre todo el acto de enjuiciamiento. Se trataría, por tanto, de "*una quiebra de la imparcialidad objetiva adaptada a la singularidad del proceso con Jurados, por haber conducido a sus integrantes, con el loable deseo de explicar algunas omisiones en la valoración probatoria, hacia un desenlace que rectificaba la condena inicialmente acordada*". Pero nada de esto resulta ya posible pues la destrucción del acta lo impide y hace que se resienta el derecho a un proceso con todas las garantías.

IV. VOTO PARTICULAR

La sentencia incluye el voto particular del ponente inicial, Andrés Palomo del Arco, contrario a la estimación del recurso. Este magistrado considera que las infracciones procesales acaecidas en relación con la devolución del acta al jurado no han quebrantado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular y por tanto no se le ha causado indefensión con relevancia constitucional ni relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada.



V. CONCLUSIONES

1. El Tribunal Supremo estima que la decisión del Tribunal del Jurado de devolución del acta con el veredicto inicial sin previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes y sin atender con ello a lo preceptuado en los artículos 63, 53 y 64 de la LOTJ, constituye vulneración del derecho de defensa, al ser privadas aquéllas de la posibilidad de efectuar alegaciones a las razones motivadas por la Magistrada-Presidente para proceder a tal devolución.

2. No es posible imputar al recurrente la falta de suficiente protesta, primero porque al tratarse de vulneración de un derecho fundamental la parte queda eximida de tal exigencia y, segundo, porque difícilmente se puede protestar en un acto, la audiencia a las partes, que fue suprimido.

3. La destrucción del acta con el veredicto inicial no puede considerarse como una mera irregularidad formal, sino una vulneración del contenido material del derecho defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías y a los debidos recursos, al ser privadas las partes de conocer los motivos que llevaron a la devolución y con ello de efectuar alegaciones al respecto, poniendo en duda la propia imparcialidad de la Magistrada-Presidente sobre todo el enjuiciamiento.

4. No se puede afirmar, pero tampoco descartar, que existiera, a raíz de las razones esgrimidas por la Magistrada-Presidente para la devolución del veredicto inicial, que un cambio de criterio del Jurado de condenatorio a absolutorio, circunstancia que queda en la esfera privada del Jurado, la Magistrada-Presidenta y el Letrado de la Administración de Justicia del Tribunal del Jurado, al haber quedado destruida el acta.

12

EL CONSENTIMIENTO PARA LA AUTORIZACIÓN EN LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO.

EL TITULAR DEL DERECHO Y EL TITULAR DE LA FACULTAD DE AUTORIZAR

Tatiana LÓPEZ PÉREZ
Abogada ICA de Madrid,
Alcalá de henares y Guadalajara.

sumario

I. LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN.
II. STS Nº 312/2011 (SECCIÓN 1, REC. 10626/2010), DE 29 DE ABRIL DE 2011, STS 113/2022 DE 10 DE FEBRERO. PONENTE ANDRÉS PALOMO DEL ARCO Y STS 401/2020. PONENTE VICENTE MAGRO SERVET.
III. LA ENTRADA EN EL DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. STS 23 DE SEPTIEMBRE DE 2021 (REC. NÚM. 2672/2020) Y STS 1 DE OCTUBRE DE 2020 (REC. NÚM. 2966/2019).
IV. CONCLUSIONES.
V. JURISPRUDENCIA CITADA.

I. LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

El interesado no tiene por qué ser necesariamente el investigado, sino que el interesado será el titular del domicilio que se pretende registrar. La prestación del consentimiento por el interesado o imputado (investigado), esté o no detenido, deberá consignarse de manera clara y expresa en el acta, si bien la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar, salvo casos excepcionales, no podrá entenderse como un consentimiento tácito.

Cuando el interesado se encuentre detenido debe estar presente durante la diligencia de entrada y registro, pero, además para que su consentimiento sea válido, es preciso que consienta con asistencia de su abogado.

La persona que presta el consentimiento autorizante debe ser una persona capaz, debe otorgar la autorización consciente y libremente y debe otorgarse expresamente y para un asunto concreto. **En los casos de entrada y registro de un lugar cerrado, el interesado no tiene por qué ser necesariamente el investigado, sino que el interesado será el titular del domicilio, esto es, quien tiene la posesión de la vivienda por cualquier título legítimo, incluso el ocupante material con tal de que se trate de una posesión lícita y cuyo consentimiento actúa como fuente de legitimación constitucional de la injerencia en la inviolabilidad del domicilio, el cual puede ser expreso o tácito.**

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 312/2011 (SECCIÓN 1, REC. 10626/2010), DE 29 DE ABRIL DE 2011; STS 113/2022 DE 10 DE FEBRERO. PONENTE ANDRÉS PALOMO DEL ARCO Y STS 401/2020. PONENTE VICENTE MAGRO SERVET

Esta sentencia del TS Nº 311/2011 de 29 abril 2011 aporta los requisitos que deben tenerse en cuenta para el consentimiento autorizante del registro domiciliario y son:

A) Debe de ser otorgado por una persona capaz, ósea, mayor de edad y sin ninguna restricción en su capacidad de obrar. En los supuestos de minusvalía psíquica aparente, ya sea declarada judicialmente o no, no será válido el consentimiento prestado. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo se 10 de octubre de 2000 (Rec.143/1999) considera correcta la entrada y registro autorizada por la hija del inculpado, deficiente mental afectada de una minusvalía del 62 por cien, porque no existen datos que permitan sostener que padecía una incapacidad total para conocer las consecuencias del acto. Además, se notificó por razones de urgencia, a la moradora ocasional, subsanándose las posibles deficiencias de tal diligencia de notificación de forma inmediata, al detenerse al acusado enseguida y trasladarlo al lugar donde se estaba realizando el registro, lo que le permitió tomar conocimiento del mismo y hacer cuantas observaciones hubiere estimado pertinentes.

"Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical."

B) Debe ser otorgado consciente y libremente, lo que supone:

a) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase;
b) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean;
c) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con asistencia de letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial.

C) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero debe reflejarse documentalmente para su constancia indeleble.

D) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 551 autoriza el consentimiento presunto, el cual ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio *in dubio libertas* y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada, por tanto, si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente *–qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur*--, pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, que ese acto tenga lugar de forma inequívoca.

E) Debe ser otorgado por el titular del domicilio, titularidad que puede provenir de cualquier título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.

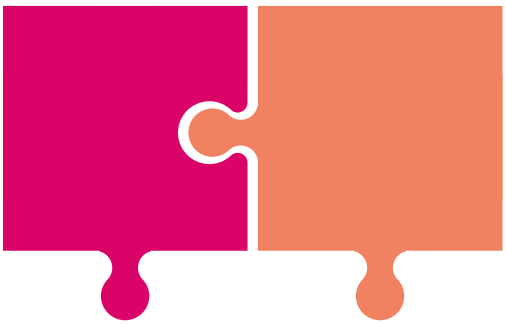
F) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos.

G) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Letrado de Administración de Justicia.

Suele suceder que pueden existir diversos titulares del domicilio cuando su posesión es compartida por varias personas. La jurisprudencia ha manifestado que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario (STC 777/2009 de 24 junio con cita a las STC 1968/1994, 9 de noviembre y 2194/2002, 30 diciembre).

La ilustre y conocida STC 22/2003 de 11 febrero, estableció quien podía consentir una en-

trada y registro policial, a los efectos del art 18.2 CE, en los casos de cotitularidad del domicilio de igual derecho, y en concreto en casos de convivencia conyugal o análoga, diferenciándose en estos casos al titular del derecho a la inviolabilidad domicilio del titular del mismo domicilio que puede autorizar la entrada o registro, resumiendo que quien conviva , con el que es cotitular, y partiendo de que existe una relación de confianza recíproca, y en una situación de convivencia normal, cada miembro de la pareja está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio. **El art 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial", excepto en los casos de flagrante delito**. En consecuencia, la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio a cualquiera de los titulares del domicilio.



"La jurisprudencia del TS ha sostenido que el interesado al que se refieren los artículos 550 y 569 de la LECRIM es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la negligencia de entrada y registro y que en consecuencia a, en caso de ser varios moradores del mismo domicilio, es suficiente el consentimiento o la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los demás moradores"

La jurisprudencia del TS ha sostenido que el interesado al que se refieren los artículos 550 y 569 de la LECRIM es el titular del derecho a la intimidad afec tado por la ejecución de la negligencia de entrada y registro y que en consecuencia a, en caso de ser varios moradores del mismo domicilio, es suficiente el consentimiento o la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los demás moradores.

En la Sentencia del TS, de fecha 10 febrero 2022, Nº recurso 10215/2021, del ponente Don Andrés Palomo del Arco, encontramos una peculiaridad en las actuaciones objeto del recurso de casación, ya que se atribuye la condición de morador, al interesado, y en el momento de realizar la entrada y registro en el domicilio, estaba detenido. Cuando el interesado se encuentre detenido o a disposición policial o judicial, en estos casos, indica la jurisprudencia de esta Sala, no existe justificación alguna para perjudicar su derecho a la contradicción, que se garantiza mejor con la presencia efectiva del imputado en el registro, por lo que la ausencia del imputado en estos casos es causa de nulidad (STS 716/2010, de 12 de julio).

Si bien, esta regla no es aplicable en supuestos de fuerza mayor, en los que la ausencia de inculpado, pese a encontrarse a disposición policial, esté justificada. Por ejemplo, en casos de hospitalización del imputado (STS 393/2010, de 22 de abril o 968/2010, de 4 de noviembre), de detención en lugar muy alejado del domicilio (STS 716/2010, de 12

de julio). Con los datos obrantes del titular en la autorización de la injerencia, cuando se lleva a cabo la diligencia de registro en el domicilio que efectivamente moraba uno de los recurrentes, se le traslada para que lo presencie, desde el lugar que fue detenido; lo que determinaba la inviabilidad de que simultáneamente estuviera en el registro del inmueble, por muy cercano que estuviera. Parece razonable que fuera conducido a la vivienda donde moraba habitualmente, antes que al inmueble que había sido vaciado con anterioridad al registro de muebles y enseres. Por ello, entre otras razones, el recurso es desestimado.

La Sentencia del TS, de fecha 17 julio 2020, Nº recurso 10019/2020, del ponente Don Vicente Magro, el recurrente señala que se efectuó la entrada y registro sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa del acusado, que estima insuficiente y por ello considera nula la prueba, ya que entre ambos esposos existían conflicto de intereses al hallarse prácticamente rota la relación matrimonial y por otro lado, que la moradora de la vivienda no fue informada de las razones o motivos de la entrada y registro.

La LECr, en su art. 551, autoriza incluso una forma de consentimiento tácito -si bien de obligada interpretación restrictiva-, cuando establece que se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad que reconoce al domicilio el precepto constitucional.

En consecuencia, la presencia que exige la LECrim es la del titular del derecho a la intimidad afectado por la diligencia de entrada y registro, que podrá coincidir o no con el titular o propietario de la vivienda. Siendo suficiente, cuando sean varios los moradores del domicilio afectado, con la presencia de uno de ellos, siempre que no exista conflicto de intereses con los demás. Por todo ello, fue desestimado el recurso de casación interpuesto por el recurrente.

III. LA ENTRADA EN EL DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de septiembre de 2021 (rec. núm. 2672/2020) determina en casación cuáles son los requisitos a los que ha de ajustarse tanto la competencia judicial para otorgar la autorización de entrada en la sede de una empresa , a la que se atribuye la condición de domicilio constitucionalmente protegido, ex artículo 18.2 de la Constitución, como la posibilidad de que la Administración pueda solicitar tal autorización para recabar información de carácter tributario, analizando especialmente si dicha autorización —en el caso analizado concedida inaudita parte—, sólo puede otorgarse como consecuencia de la existencia de un procedimiento de inspección tributaria cuyo inicio haya sido comunicado debidamente al obligado tributario.

A efectos de concretar dichas cuestiones, el Alto Tribunal invoca el criterio establecido en su jurisprudencia anterior, refiriéndose especialmente a la Sentencia de 1 de octubre de 2020 (rec. núm. 2966/2019), en la que especificó lo siguiente:

a) La autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido debe estar conectada con la existencia de un procedimiento inspector ya abierto y cuyo inicio se haya notificado al inspeccionado con anterioridad, indicando los impuestos y periodos a los que afectan las pesquisas.

b) Cabe la adopción de la autorización de entrada inaudita parte, aunque sólo de forma excepcional y con expresa fundamentación sobre su necesidad en el caso concreto, motivación que ha de recogerse tanto en la solicitud de la Administración como en el auto judicial, sin que en ningún caso quepan las aceptaciones automáticas, infundadas o acríticas de los datos ofrecidos.

c) No cabe la entrada en domicilio con fines meramente prospectivos, estadísticos o indefinidos, por lo que no puede adoptarse tal medida sobre la base de datos o informaciones generales o indefinidas procedentes de estadísticas, cálculos o, en general, de la comparación de la situación supuesta del titular del domicilio con la de otros contribuyentes indeterminados, o con la medida de sectores de actividad en todo el territorio nacional, sin mayor especificación o segmentación.

d) Las actuaciones llevadas a cabo para la solicitud de entrada y registro son actos preparatorios del procedimiento de inspección, que no forman parte del mismo, por lo que no son susceptibles de procurar el inicio de las actuaciones de comprobación e investigación.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal Supremo estima la pretensión de la entidad recurrente al entender que, en el caso analizado, la motivación del auto judicial es excesivamente parca. En su opinión, no se analizó la veracidad de los datos facilitados por la Administración, teniendo en cuenta además que éstos no hacían referencia a la entidad en cuyo domicilio se pretende entrar, sino a la comparación con la «media nacional» que arrojaban determinados parámetros. Por otra parte, se omitió también tanto la necesidad de que exista un procedimiento previo de aplicación de los tributos abierto, en cuyo seno se haya decidido solicitar la entrada, como la identificación de los tributos o periodos de cuya regularización se trata, ignorándose también la fundamentación relativa a los referidos juicios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

Concluye el TS, la anulación de un auto de autorización de entrada en domicilio produce efectos ex tunc, privando así de la necesaria cobertura a la incautación de documentos y otro material realizada durante el registro domiciliario, que la Administración ha de devolver a los interesados. A esos efectos, aclara la sentencia, es irrelevante que la anulación se debiese a una falta de motivación que hubiese determinado la obligación del juez de volver a dictar otro auto debidamente motivado y, en ese caso, a quién pudiese achacarse tal vicio, juez o Administración.

La entrada en el domicilio de las personas jurídicas debe ser autorizada por el titular del órgano de administración o por quien tenga poderes suficientes para ello, sin tener que tomar la decisión conforme a las reglas para la adopción de acuerdos. El consentimiento prestado por quien no está facultado para ello implica la invalidez de la entrada, de la entrada, de forma que las pruebas eventualmente obtenidas con el registro serían ilícitas.

La ya tratada sentencia del Tribunal Constitucional nº54/2015 (Rec.2603/2013), de 16 de marzo de 2015, otorgó el amparo, en un supuesto en que los Inspectores de la Hacienda Foral de Navarra acudieron al domicilio social de una empresa, acompañados de un sargento de la policía foral y portando una autorización administrativa, la cual no fue necesario exhibir puesto que el acceso y posterior registro les fue facilitado por los socios administradores, pero sin que a ninguno de ellos se le informara del derecho que les asistía a oponerse a la entrada.

IV. CONCLUSIONES

El fundamento de la exigencia del consentimiento y la presencia del interesado en la entrada y registro domiciliario, se encuentra en que afecta, por una lado, a un derecho personal de naturaleza constitucional, que es el derecho a la intimidad personal, por la intrínseca vinculación que el domicilio constitucionalmente protegido como morada de la persona afectada tiene con su espacio de intimidad, y por otro lado, afecta a un proceso penal con todas las garantías, porque el resultado de la diligencia practicada, será prueba de cargo en el plenario, contra la persona a cuyo domicilio, o empresa , se ha entrado y registrado.

La vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio conllevará la nulidad de la diligencia practicada cuando el morador autorizante, esté en situación de conflicto con el otro morador.

V. JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal Constitucional nº 54 /2015 (Rec. 2603/2013) de 16 marzo 2015.
- STC 22/2003 de 11 febrero.
- STC 777/2009 de 24 junio con cita a las STC 1968/1994, 9 de noviembre y 2194/2002, 30 diciembre.
- STC 10 octubre de 2000 (Rec. 143/1999).
- STC 10 febrero 2022, Rec. 10215/2021, ponente Don Andrés Palomo del Arco.
- STS de 12 de julio, 716/2010.
- STS 393/2010, de 22 de abril o 968/2010, de 4 de noviembre.
- STS de 17 julio 2020, recurso 10019/2020, ponente Don Vicente Magro.
- STS de 23 de septiembre de 2021, Rec. 2672/2020.
- STS de 1 de octubre de 2020 Rec. 2966/2019.

13

LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN AL NO HABERSE SATISFECHO LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 32/2022, DE 7 DE MARZO (RECURSO DE AMPARO Nº 1723/2020)

José- Blas FERNÁNDEZ ESCOBAR
Abogado del ICA de Cádiz

sumario

I. ANTECEDENTES.
II. EL RECURSO DE AMPARO: LA PRETENSIÓN DEL DEMANDANTE.
III. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
IV. CONCLUSIONES.
V. JURIPRUDENCIA CONSULTADA.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis de la STC 32/2022, de 7 de marzo a fin de extraer las conclusiones pertinentes en orden al pago de la responsabilidad civil como condición necesaria para la suspensión de la pena privativa de libertad, así como las consecuencias de no dar al interesado el trámite de audiencia previsto en el art. 86.4 CP.

I. ANTECEDENTES

Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid de 23-10-2018, con la conformidad del acusado, aclarada por auto de 17-01-2019, se condenó al recurrente en amparo como autor de un delito de atentado a agentes de la autoridad (art. 550.1 y 2 CP) a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como autor de dos delitos de lesiones leves del art. 147.2 CP, a sendas penas de un mes de multa con una cuota diaria de tres euros. Condenándosele también a indemnizar en concepto de responsabilidad civil a los agentes en la cantidad de 2.100 euros. En el mismo fallo de la sentencia, conforme al art. 82.1 CP, se acordó la suspensión de la pena de prisión por plazo de dos años condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos: no delinquir en el citado plazo, realizar treinta días de trabajo en beneficio de la comunidad y abonar la indemnización conforme al compromiso de pago alcanzado por el recurrente en amparo.

Una vez incoada la correspondiente ejecutoria, tras requerir el Juzgado de lo Penal al penado en dos ocasiones para el pago de la indemnización, y previa cuenta al Ministerio Fiscal para que informase acerca de la posible revocación del beneficio de la suspensión (informando favorablemente a favor de esta revocación) al no haber abonado el penado cantidad alguna en concepto de indemnización, se dictó auto por el Juzgado de lo Penal, de fecha 15-10-2019, revocando el beneficio de la suspensión ex art. 86 CP y acordando la procedencia del cumplimiento de la pena de prisión de seis meses impuesta, conforme al siguiente razonamiento: ***«de conformidad con lo establecido en el art. 86 del Código penal y dado que el penado ha incumplido la condición impuesta para el beneficio de suspensión de la pena privativa de libertad, dado que no ha abonado la responsabilidad civil, procede revocar dicho beneficio y acordar el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en el presente procedimiento».***

Frente a este auto, el penado formuló recurso de reforma alegando que se le había causado indefensión ex art. 24.1 CE al no dársele el preceptivo trámite de audiencia previsto en el art. 86.4 CP, solicitando además ser oído personalmente para explicar los motivos

«De conformidad con lo establecido en el art. 86 del Código penal y dado que el penado ha incumplido la condición impuesta para el beneficio de suspensión de la pena privativa de libertad, dado que no ha abonado la responsabilidad civil, procede revocar dicho beneficio y acordar el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta en el presente procedimiento»

por los que no había podido abonar la responsabilidad civil. Añadiendo en su recurso que carece de ingresos, lo que el Juzgado podría comprobar, siendo la revocación una medida desproporcionada al no ponderarse sus circunstancias concretas.

Este recurso de reforma fue desestimado por auto de fecha 05-11-2019, razonándose en esta resolución que el penado, a pesar de los fraccionamientos que se le concedieron, no había abonado cantidad alguna, y no había acreditado en forma alguna un cambio de circunstancias, de tal manera que cuando se conformó con la pena y adquirió el compromiso de pago asumió que disponía de recursos suficientes para cumplir la condición de pago con la torticera voluntad de obtener el beneficio de la suspensión sabiendo que no iba a abonar las cuotas a que se comprometía, no demostrando el más mínimo interés en reparar el daño causado. Además, se añade por el órgano judicial, que la excepción legal "salvo que careciera de capacidad económica para ello" del art. 86.1 d) CP deba ser interpretada en el sentido de que solo puede evitarse la revocación de la suspensión por impago si el penado demuestra que el impedimento económico es posterior al compromiso de pago, lo que no se acreditaba en este caso.

Se recurre también este auto en apelación, alegando el demandante de amparo la vulneración del art. 86.4 CP y, con ello, del art. 24.1 CE, por no haber tenido oportunidad el penado de alegar sobre las causas del impago, así como la vulneración del art. 86.1 d) CP considerando que este precepto supedita la revocación de la suspensión a la capacidad de pago del penado que no hace frente a la responsabilidad civil, cuestión que no ha constatado el Juzgado. Igualmente alega la falta de proporcionalidad de una revocación que tiene como única causa el impago de la responsabilidad civil, habiéndose cumplido el resto de las condiciones, por lo que debe aplicarse el art. 86.2 CP e imponerse nuevas medidas como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Este recurso de apelación es desestimado por auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Tercera) de 28-01-2020 bajo el siguiente razonamiento: ***«No consta a este tribunal que efectivamente el penado haya sido expresamente oído sobre la decisión de revocar el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad concedida en su día. No obstante, ello, este dato no causa indefensión a la parte por cuanto en la propia sentencia de conformidad se condicionaba la concesión de dicho beneficio a dos requisitos: no delinquir en ese plazo y a abonar la indemnización concedida a los perjudicados con un compromiso de pago de setenta euros mensuales. Pues bien, dado que no cumplió con este compromiso, se le***

apercibió de pago con fechas 27/02/2019 y 22/07/2019, haciendo oídos sordos a esta obligación a la que se comprometió, y que no cumplió ni tan siquiera parcialmente, poniendo de relieve una decidida voluntad de burlar la decisión judicial de rebajarle la pena en la sentencia con la condición de ese compromiso de pago. Corresponde a la parte acreditar que con posterioridad a la fecha de la sentencia su situación económica ha devenido en indigencia, extremo que no consta.»

II. EL RECURSO DE AMPARO: LA PRETENSIÓN DEL DEMANDANTE

El recurso de amparo contiene dos motivos*: a)* En el primer motivo se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la interdicción de causar indefensión en un proceso (art. 24.1 CE), que se origina con el auto de revocación de la suspensión en tanto acuerda una medida que supone una privación de libertad sin haber oído al penado. *b)* Como segundo motivo, se alega la vulneración del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su exigencia de motivación reforzada.

Para el primer motivo, el recurrente de amparo se apoya en el art. 86.4 CP, y que no puede equipararse, como hacen tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial, oír a las partes con conocer o no el incumplimiento de la condición fijada en sentencia para acordar la suspensión. El art. 86 CP no recoge la revocación como consecuencia automática del impago de las indemnizaciones, sin que lo alegado en el recurso de reforma y apelación supongan haber sido oído, pues la revocación de la suspensión se produce con anterioridad, con el auto recurrido.

Para el segundo motivo, argumenta que la ejecución no debe servir para forzar los pagos de persona con insuficiente solvencia; que la STC 14/1988, de 14 de febrero, FJ 1, rechaza, respecto a la legislación penal anterior, que la remisión condicional de la pena se haga depender del pago de las responsabilidades civiles, de modo que cabe la suspensión, aunque concurra imposibilidad total o parcial de cumplimiento de ese abono. Hace referencia al principio recogido en diversos tratados internacionales de interdicción de la prisión por deudas y conforme a esta doctrina entiende que las distintas resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la libertad. Considera que el art. 86.4 CP ha sido interpretado de manera incorrecta y de manera contraria a la ley y al derecho a la libertad, como un derecho fundamental y como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE).

III. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional en su sentencia, de la que es ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, declara en primer lugar la especial trascendencia constitucional del recurso, que identifica con la oportunidad para aclarar o perfilar su anterior doctrina constitucional sobre las garantías procesales y la motivación de las decisiones de revocación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por impago de la responsabilidad civil tras la reforma de las previsiones del Código Penal al respecto operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo [STC 155/2009, FJ 2 b)]. El Tribunal considera necesario proyectar además su doctrina a los pronunciamientos sobre las decisiones de revocación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, así como integrarla desde la óptica del art. 14 CE en la perspectiva propia

de la revisión en amparo de las decisiones judiciales, esto es, el examen externo de la razonabilidad de la motivación. Ello es así, porque hasta el momento, el Tribunal Constitucional se había pronunciado únicamente sobre la exigencia del trámite de audiencia en los incidentes de suspensión de la pena privativa de libertad (SSTC 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 3; 76/2007, de 16 de abril, FJ 5, y 222/2007, de 8 de octubre, FJ 2), aunque también había abordado en varias ocasiones la cuestión del condicionamiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad al pago de la responsabilidad civil (STC 14/1988, de 4 de febrero, FJ 2, y ATC 259/2000, de 13 de noviembre, FJ 3), incluso en relación con la nueva regulación de la suspensión tras la reforma de 2015 (ATC 3/2018, de 23 de enero, FJ 7). Pero aquellos pronunciamientos sobre la audiencia no atañen a la figura de la revocación de la pena suspendida, de ahí a lo novedoso de esta sentencia.

I. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional, tras repasar su doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, concluye que en caso analizado, resultaba imprescindible haber oído al demandante de amparo antes de que el Juzgado de lo Penal acordase la revocación de la suspensión, pues esta revocación no opera de manera automática, ya que el legislador ha diseñado un incidente contradictorio en el art. 86.4 CP, en el que, el juez debe oír previamente al fiscal y a las demás partes, acordar la realización de las diligencias de comprobación que fueren precisas e, incluso, la celebración de una vista oral si lo considera necesario.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional considera además incorrecto el planteamiento esgrimido en las resoluciones dictadas por el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial pues la revocación no es la consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que se anuda en el art. 86.1 d) CP a un incumplimiento injustificado en tanto se disponga de capacidad económica, elemento determinante de la prisión efectiva que es una cuestión nueva en la que la intervención del penado para alegar al respecto resulta pertinente y decisiva. El conocimiento sobre las consecuencias de una determinada actuación –incumplir– no equivale y, por tanto, no puede suplir -dice el Tribunal Constitucional- la oportunidad procesal de alegar sobre si se ha producido la actuación en cuestión y por qué razones, esto es, el presupuesto al que la norma asocia la cancelación de la suspensión. De tal forma que, al no darse este trámite de audiencia en el trámite propio del incidente de revocación, se ha generado indefensión que además no se ve reparada con el planteamiento de los recursos de reforma y apelación y su sustanciación pues los recursos tienen por finalidad revisar la corrección de la decisión de revocación que, precisamente por la falta de un trámite de audiencia y la consiguiente ausencia de contradicción, carece de la base adecuada para decidir. Más cuando en el caso planteado, no existía un supuesto de urgencia en el que fuera imprescindible el ingreso inmediato en prisión, tal y como permite el art. 86.4 CP.

Hasta aquí, conviene realizar una importante reflexión tras la lectura de esta sentencia, cual es, que la audiencia al interesado constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que se dilucida el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del conde-

nado en centro penitenciario. Sin que este trámite de audiencia pueda ser reemplazado por la respuesta que el órgano judicial da a los recursos interpuestos, pues el legislador ha previsto un incidente contradictorio en el art. 86.4 CP, de tal manera que antes de que el órgano judicial adopte la decisión de revocar o no la suspensión de la pena, es menester escuchar siempre al interesado, al objeto de que pueda dar una debida explicación de lo ocurrido.

En este apartado, debemos recordar que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado con tanta contundencia como lo hace ahora en esta sentencia que se analiza. Efectivamente, en la STC 222/2007, de 8 de Octubre, se afirmó que *"conforme a nuestra doctrina, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (SSTC 134/2002, de 3 de, FJ 3 ; 94/2005, de 18 de abril, FJ 5)".*En esta sentencia se analizó un caso en que se había acordado la denegación de la suspensión, en fase de ejecución y sin audiencia al condenado, admitiéndose posteriormente un escrito pidiendo la libertad y tramitándose un recurso contra la denegación, en el que se discutió con plenitud la procedencia de la suspensión y del ingreso en prisión del condenado. A pesar de no haberse dado audiencia previa, el máximo intérprete constitucional consideró que esa irregularidad carecía de relevancia constitucional "*dado que en la subsiguiente tramitación del procedimiento de suspensión fue oído y tuvo oportunidad de alegar de nuevo, tanto en relación con la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para la concesión del beneficio como sobre las especiales circunstancias concurrentes en el caso y que determinaron su ingreso en prisión, todo lo cual excluye la relevancia constitucional de la indefensión denunciada (mutatis mutandi , STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5)".*

> ***"la sentencia que ahora se analiza es clara ya en cuanto a la necesidad de conferir este trámite de audiencia, pues la decisión sobre la suspensión de una pena privativa de libertad ya se acuerde en sentencia o en fase de ejecución, así como su posible revocación constituye un pronunciamiento distinto del propio del juicio"***

Otro precedente jurisprudencial que debe ser recordado es el concernido en la STC 76/2007, de 16 de abril, donde se examinaba una denegación de la suspensión a un acusado en sentencia, sin solicitud de parte y sin audiencia previa de las partes del proceso. En ese supuesto, el Tribunal Constitucional tampoco estimó el recurso de amparo porque "*la decisión denegatoria de la suspensión se adelantó in voce en el propio acto del juicio reconociendo el recurrente que sí pudo, y de hecho lo hizo, realizar las alegaciones que estimó oportunas para el ejercicio del derecho de defensa en el recurso de apelación formulado frente a la resolución que denegó en instancia la suspensión de la ejecución".*

Así las cosas, la sentencia que ahora se analiza es clara ya en cuanto a la necesidad de conferir este trámite de audiencia, pues la decisión sobre la suspensión de una pena privativa de libertad, ya se acuerde en sentencia o en fase de ejecución, así como su posible revocación, constituye un pronunciamiento distinto del propio del juicio y afecta de modo directo al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) en cuanto puede determinar el ingreso en prisión del condenado por motivos o circunstancias distintas de las analizadas en el juicio. Razón que justifica la necesidad de que se le dé audiencia al interesado para tener un cabal conocimiento de su situación actual al momento de la suspensión o revocación, y para cumplir con determinadas exigencias como ocurre, por ejemplo, con el compromiso de pago de la responsabilidad. En otras palabras, el artículo 86 CP al igual que el art. 82 CP deben ser interpretados conforme a la Constitución y en los términos más favorables para la tutela judicial efectiva de las partes en litigio, razón por la que la decisión sobre la suspensión o revocación de la pena privativa de libertad debe ir precedida de un trámite de audiencia que permita a las partes pedir, alegar o probar lo procedente en derecho en relación con este beneficio legal. De no hacerse así, se estará irrogando indefensión al interesado.

En relación con el resto de partes (Ministerio Fiscal, acusación particular y en su caso popular) conviene recordar que la STC 248/2004, de 20 de diciembre, consideró que la necesidad de audiencia no se predicaba sólo del condenado sino de las demás partes, que concurren al proceso en condición de igualdad y que tienen todas ellas el derecho a la intervención procesal con igualdad de armas.

II. La segunda cuestión analizada en esta sentencia por el Tribunal Constitucional es la relativa a si la revocación de la suspensión estaba debidamente motivada. Para ello, recordando su doctrina, el Tribunal Constitucional en la sentencia que analizamos comienza afirmando algo no novedoso: que la decisión de revocar la suspensión exige un canon reforzado de motivación puesto que el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.

Dicho esto, en lo que al fondo de la cuestión se refiere, en esta sentencia que se analiza se nos recuerda que las decisiones sobre revocación asentadas en la falta de pago de la responsabilidad civil -dice el Tribunal Constitucional- deben tener presente la doctrina constitucional relativa al papel que la capacidad económica del sujeto desempeña en este marco, de tal manera que ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil cuando es imposible ese pago. En especial, la motivación de las decisiones judiciales que revocan una suspensión deben tener presente esta regla en su examen de la concurrencia de los presupuestos legales de tal consecuencia, que a su vez la reflejan [art. 86.1 d) CP*: «salvo que careciera de capacidad económica para ello»*], junto con la ponderación de los bienes y derechos en conflicto de conformidad con los fines constitucionalmente fijados de las penas privativas de libertad y la orientación a la reeducación y reinserción social inherente a la figura de la suspensión como alternativa a los efectos contrarios de las penas privativas de libertad cortas.

Sobre este razonamiento, efectivamente, conviene tener en cuenta, como precedente que, aunque el Tribunal Constitucional había admitido que el impago de la responsabilidad civil puede ser un obstáculo a la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, solamente lo

considera como tal cuando ese impago revele una actitud renuente del penado. En este sentido, en primer lugar, conviene recordar la importante STC 14/1988, de 4 de febrero, conforme a la cual, sabido es que no es posible condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al pago de las costas o de la responsabilidad civil. Este pronunciamiento fue matizado posteriormente en el Auto del mismo tribunal nº 259/2000, de 13 de noviembre, donde se dice que *"la ejecución de la pena no debe servir para, directa o indirectamente, forzar los pagos de persona de insuficiente solvencia"* pero no niega el Tribunal Constitucional que pueda exigirse el pago de la responsabilidad civil conforme a la capacidad del penado y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho; y también en la STC 264/2000, de 13 de noviembre, en la que se deniega el amparo frente a una denegación de la suspensión de la pena a causa del impago de la responsabilidad civil.

"De manera que, si el nuevo Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del condenado, deberá denegarse el beneficio sólo en aquellos casos en que le quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado."

En el ya citado Auto TC 259/2000, de 13 de noviembre, se nos decía lo siguiente: *"De manera que, si el nuevo Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del condenado, deberá denegarse el beneficio sólo en aquellos casos en que le quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado."*

Otro precedente importante que no debe perderse de vista es el Auto TC nº 3/2018, de 23 de enero. En él, el Tribunal Constitucional rechaz**ó** la posible existencia de inconstitucionalidad en el art. 80 CP, inconstitucionalidad que derivaría precisamente, según el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, de la exigencia de tener capacidad económica para poder obtener la suspensión de la pena, bajo el siguiente razonamiento: *" Como señala el Fiscal General del Estado, la regulación que el órgano judicial cuestiona existe en el ordenamiento penal español desde que fuera introducida por la Ley Orgánica 15/2003 , en un ámbito de regulación más acotado, el de la condena recaída ante el Juzgado de Instrucción de guardia en el seno de un procedimiento de enjuiciamiento rápido. En dicho ámbito específico, la especial fisonomía del procedimiento impide que pueda realizarse una investigación patrimonial suficientemente rigurosa, a efectos de determinar la capacidad económica del penado que ha decidido prestar su conformidad a la acusación formulada ante el Juzgado de guardia. Por ello, el legislador de 2003 prescindió de*

la averiguación de este extremo y exigió únicamente que el penado expresara ante el Juzgado de guardia su compromiso de satisfacer la responsabilidad civil en la medida de sus posibilidades. En dicha regulación, lo único que se exige al penado es, por tanto, que se comprometa a hacer un esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer el pago, debiendo evaluarse después, en la ejecutoria del Juzgado de lo Penal, si el posible impago puede dar lugar a la revocación del beneficio, por tratarse de un incumplimiento voluntario, o si obedece, más bien, a la imposibilidad material del reo de afrontarlo. Tal y como alega el Ministerio Fiscal, del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, se desprende, sin margen posible de duda, que el propósito del legislador al modificar la regulación de la condición tercera del artículo 80.2 CP , ahora cuestionada, ha sido el de generalizar ese régimen legal, que hasta entonces había estado reservado a un concreto procedimiento especial. Como se explica en dicho preámbulo, el legislador ha considerado que la experiencia práctica acumulada en la aplicación del Código penal enseña que la investigación patrimonial sobre la capacidad económica del penado, realizada antes de decidir sobre la procedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, suele ser meramente formularia, proliferando declaraciones de insolvencia estandarizadas que, desde un primer momento (y al margen de la evolución posterior de los eventos), eximen de facto al condenado de la obligación de pagar la indemnización. Por esta razón, el legislador afirma expresamente que opta por otro régimen distinto, en el que la obligación de pagar la indemnización no desaparezca de antemano, debiendo comprometerse el penado a satisfacer la responsabilidad civil impuesta de acuerdo "con su capacidad económica", esto es, debiendo asumir que, como condenado que quiere evitar el cumplimiento efectivo de la pena que le ha sido impuesta, tiene la obligación de realizar algún tipo de esfuerzo, por mínimo que sea, para satisfacer sus responsabilidades frente a la víctima del delito cometido. Ello no obsta, sin embargo, a que durante la ejecución de la suspensión de la pena se valore si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado, eventualmente acompañado de una ocultación de bienes, quedando claro en la regulación en vigor que, si el penado resulta realmente insolvente, la suspensión de la ejecución de la pena no ha de ser revocada. Así lo señala categóricamente el artículo 86.1, letra d), que dispone la revocación de la suspensión cuando el penado: "Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

"Por esta razón, el legislador afirma expresamente que opta por otro régimen distinto, en el que la obligación de pagar la indemnización no desaparezca de antemano, debiendo comprometerse el penado a satisfacer la responsabilidad civil impuesta de acuerdo "con su capacidad económica"

En la sentencia que se comenta, respecto al razonamiento utilizado por el órgano judicial rechazando el recurso del demandante de amparo consistente en que si en el momento de conformarse con la pena se comprometió con el pago de la responsabilidad civil, al

no haber operado un cambio de sus circunstancias en fase ejecutoria debe entenderse que actuó entonces de manera torticera pues nunca tuvo voluntad de cumplir ni un mínimo interés por reparar el daño causado, el Tribunal Constitucional considera que este razonamiento es insuficiente para revocar la suspensión, por dos motivos: el primero, porque la revocación de la suspensión se vincula legalmente conforme al art. 86.1 d) al incumplimiento cuando es posible hacer frente al pago comprometido. El segundo, porque la asunción por el condenado de un concreto plan de pagos al tiempo de acordar la suspensión, es un indicio insuficiente o un indicio no concluyente de la real capacidad económica del sujeto incumplidor cuando se trata de verificar la existencia efectiva de dicho poder de pago como condición para revocar pues, por ejemplo, el plan de pago pudo asumirse en una confianza razonable de venir a mejor fortuna o de recibir ayuda externa –de la familia o de los amigos– para hacer frente a la deuda, confianza que luego se ha visto defraudada.

Con tales precedentes y razonamientos, el Tribunal Constitucional otorga amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad y el derecho al proceso debido del recurrente (art. 24.1 CE en relación con los arts. 17 y 24.2 CE), con la afirmación de que en este caso, la revocación de la suspensión se apoyó en una presunción de capacidad y no en la concurrencia de la misma como exige el art. 86.1 d) CP y el entendimiento constitucional de la suspensión más cuando el recurrente no ha sido oído personalmente antes de revocar la suspensión conforme al art. 86.4 CP, momento más oportuno para hacer valer sus circunstancias personales, y en el recurso de reforma, si bien alegó su incapacidad económica animando al órgano judicial a investigar su patrimonio, no se respondió a tal impulso, limitándose el órgano judicial a derivar de su inicial compromiso de pago la imposibilidad de aplicar la salvedad de imposibilidad de pago del art. 86.1 d) CP.

IV. CONCLUSIONES

Tras el estudio de esta sentencia y sus precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1 La revocación de la suspensión prevista en el art. 86 CP no opera de manera automática. Es necesario el

"Con tales precedentes y razonamientos, el Tribunal Constitucional otorga amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a la libertad y el derecho al proceso debido del recurrente"

dictado de una resolución conforme al canon reforzado de motivación al incidir la decisión en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.

2 **La falta del trámite de audiencia previsto en el art. 86.4 CP fuera de los supuestos de urgencia en el que fuera imprescindible el ingreso inmediato en prisión, genera indefensión vulnerando las garantías del procedimiento.**

3 La indefensión que irroga la falta de trámite de audiencia no puede ser suplida con las alega**c**iones esgrimidas en los recursos ulteriores a la decisión judicial de revocar la suspensión, pues los recursos tienen por finalidad revisar la corrección de la decisión de revocación que, precisamente, por falta de un trámite de audiencia y la consiguiente ausencia de contradicción, carece de la base adecuada para decidir.

4 Ni la suspensión ni la revocación pueden condicionarse al pago de la responsabilidad civil cuando es imposible ese pago. La revocación de la suspensión se vincula legalmente conforme al art. 86.1 d) al incumplimiento cuando es posible hacer frente al pago comprometido.

5 La asunción por el condenado de un concreto plan de pagos al tiempo de acordarse la suspensión es un indicio insuficiente o un indicio no concluyente de la real capacidad económica del sujeto incumplidor pues pudo asumirse este compromiso en una confianza razonable de venir a mejor fortuna o de recibir ayuda externa.

6 Durante la ejecución de la suspensión de la pena se ha de valorar si el impago finalmente producido responde a una verdadera situación de insolvencia o si se trata, en cambio, de un incumplimiento deliberado, eventualmente acompañado de una ocultación de bienes, quedando claro en la regulación en vigor que, si el penado resulta realmente insolvente, la suspensión de la ejecución de la pena no ha de ser revocada.

V.- JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STC 76/2007, de 16 de abril.
- STC 222/2007, de 8 de octubre.
- STC 248/2004, de 20 de diciembre.
- STC 40/2002 de 14 febrero.
- STC 14/1988, de 4 de febrero.
- STC 264/2000, de 13 de noviembre.
- Auto TC 259/2000, de 13 de noviembre.
- Auto TC 3/2018, de 23 de enero.
- STS -Sala 2ª- 480/2018 de 18 octubre.
- Auto AP BARCELONA -Sección 2ª- núm. 126/2020, de 20 febrero.
- Auto AP CANTABRIA -Sección 3ª- núm. 477/2021 de 26 octubre.
- Auto AP PONTEVEDRA -Sección 5ª- núm. 68/2021 de 28 enero.
- Auto AP SALAMANCA -Sección 1ª- núm. 457/2020 de 2 diciembre.