

1/2024

REVISTA DEL

Centro de estudios jurídicos y de postgrado



CEJUP



SUMARIO

Jurisprudencia Penal

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO GARANTÍA PROCESAL. NATURALEZA Y CONTORNOS A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2ª) NÚM. 1023/2022, DE 26 DE ABRIL DE 2023. *Manuel Cerrada Moreno. Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNIR. Pág. 4*

LOS PAYASOS JUSTICIEROS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 351/2023. *María Teresa Manga Alonso. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Pág. 21*

APLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ART. 177 BIS.11 DEL CÓDIGO PENAL EN SUPUESTO DE DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA (STS, SALA 2ª, NÚM. 960/2023, DE 21 DE DICIEMBRE). *Encarnación Martínez Rodríguez. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía Superior de Andalucía. Doctora en Derecho. Profesora de Universidad. Pág. 38*

Doctrina Penal

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL ARTÍCULO 80.5 DEL CÓDIGO PENAL. *Ignacio Abad San Epifanio. Abogado adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Pág. 48*

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. *Augusto Hernández Manzanares. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Pág. 63*

LEGÍTIMA DEFENSA. DOCTRINA Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES. *Isabel Eugenia Jiménez de Lucas. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Profesora colaboradora en RCU María Cristina y doctoranda en URJC. Pág. 80*

SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SUPUESTOS DE DEMENCIA SOBREVENIDA. *María Elena Rivas Lucena. Abogada Fiscal Sustituta Provincia de Guadalajara. Pág. 96*

Jurisprudencia Civil

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECIENTE SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN A CAUSA DE LA DECLARACIÓN CONCURSAL, Y MENCIÓN A SU EFECTO SOBRE LA ACCIÓN SUBROGATORIA DEL ARTÍCULO 1.111 CC. *Jesús Corral Rasero. Abogado adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Terrassa. Pág. 103*

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. *Anju Deb Rani. Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Pág. 114*

SOBRE LA DEMANDA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR POR INTROMISIÓN EN FICHERO DE MOROSOS. LA TRANSCENDENTAL SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2022 DEL TRIBUNAL SUPREMO. *Carmen López Courchoud. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Pág. 128*

COMENTARIO A LA STS 2499/2017 SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS MATERIALES. *Fernando Clemente Piñana Batista. Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Pág. 142*

Doctrina Civil

DEL PROCESO RELATIVO A LA SUBASTA JUDICIAL Y SUS FASES: PREPARACIÓN, DESARROLLO, PAGO AL EJECUTANTE Y DESTINO DEL SOBRANTE. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PREVISIONES DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y LAS PREVISTAS FINALMENTE EN EL REAL DECRETO LEY 6/2023 DE 19 DE DICIEMBRE. *Estela Torres Plaza. Abogada adscrita al Ilustre Colegio de Abogados de Lleida. Pág. 155*

Consejo editorial. Pág. 167

Jurisprudencia Penal

EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO COMO GARANTÍA PROCESAL. NATURALEZA Y CONTORNOS A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2ª) NÚM. 1023/2022, DE 26 DE ABRIL DE 2023

Manuel Cerrada Moreno

Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNIR

SUMARIO: *I. Introducción. El secreto profesional como concreción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. II. Naturaleza y contenido del secreto profesional. 1. El secreto profesional como obligación del Abogado. 2. El secreto profesional ¿es también un derecho del Abogado? 3. El secreto profesional es, sobre todo, un derecho del justiciable. III. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 2ª), de 26 de abril de 2023. 1. Iter procesal y principales hitos. 2. Breves conclusiones sobre el secreto profesional a la luz de la STS 1023/2022, de 26 de abril de 2023. VI. Bibliografía. 1. Legislación. 2. Jurisprudencia citada. 3. Otras fuentes*

I. INTRODUCCIÓN. EL SECRETO PROFESIONAL COMO CONCRECIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

No es exagerado decir que el secreto profesional del Abogado es la piedra angular sobre la que se sustenta el derecho a la defensa. Respecto de este derecho fundamental, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución¹, el Tribunal Supremo tiene declarado en su STS Sala 2ª 414/2012, que se trata de “un elemento nuclear en la configuración del proceso penal del Estado de Derecho como un proceso

¹ Tal precepto, que no por manido pierde su importancia, establece como es sabido que:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

con todas las garantías. No es posible construir un proceso justo si se elimina esencialmente el derecho de defensa, de forma que las posibles restricciones deben estar especialmente justificadas”².

Tenemos así que el conglomerado de derechos y obligaciones que implica el secreto profesional debe examinarse a la luz del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías proclamado en el art. 24 CE, al que el *Diccionario panhispánico del español jurídico* -diccionario de la Real Academia adaptado a la legislación y principios jurídicos vigentes- se refiere como *manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de observancia de los principios referidos a las actuaciones procesales, entre ellos, la imparcialidad del juez, la celeridad procesal o la proscripción de la indefensión*³.

La garantía más importante que se ha incorporado por esta vía ha sido la del juez imparcial, entendida en términos más amplios que la regla general de que quien instruye no falla⁴, aunque existen otras, como la relativa a que la condena deba basarse en una actividad probatoria que el órgano judicial haya practicado directa y personalmente⁵. Además, esta mención específica que nuestra Constitución hace al proceso “*con todas las garantías*” se configura como una cláusula residual que ha permitido al Tribunal Constitucional integrar en este artículo 24 de la Constitución garantías establecidas en textos internacionales, aplicando para ello el artículo 10.2 de la Constitución.

A efectos de nuestro trabajo, interesa no obstante destacar cómo este art. 24 de la Constitución, tras proclamar el derecho fundamental de “todos” a la tutela judicial efectiva, prevé en su apartado segundo que *la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*.

Cabe señalar no obstante que la regulación del secreto profesional de la Abogacía no es una novedad de la Constitución de 1978, pues se remonta en nuestra tradición jurídica nada menos que al Digesto de Justiniano del año 533. Asimismo, se contemplaba explícitamente en el Fuero Real de 1255, en las Partidas de Alfonso X el Sabio de 1265 y en la Novísima Recopilación de Carlos IV de 1805.

² STS Sala 2ª 414/2012, de 9 de febrero.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-un-proceso-con-todas-las-garant%C3%ADas>.

⁴ SSTC 60/1995, de 16 de marzo; 154/2001, de 2 de julio; y 231/2002, de 9 de diciembre.

⁵ SSTC 167/2003, de 29 de septiembre; y 115/2008, de 29 de septiembre.

A nivel internacional, se encuentra en la declaración de Perugia sobre principios deontológicos de la Abogacía de la Comunidad Europea de 16 de septiembre de 1977, así como en el Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea de 28 de octubre de 1988, asumido por el Consejo general de la Abogacía española, el 22 de septiembre de 1989.

Y nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal⁶, desde su redacción inicial de 1882, contempla en el art. 416 los casos en que no se está obligado a declarar por razón de parentesco, previendo, asimismo, en su apartado segundo, que estará dispensado de la obligación de declarar “El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”. A este respecto, la STS 797/2015, de 24 de noviembre, recuerda que la de 5 de noviembre de 1994 extiende esa prohibición al abogado de la acusación particular.

Con la actual interpretación en clave constitucional del ordenamiento jurídico, se considera que tal art. 416 LECrim (cuya redacción actual se debe a la Ley Orgánica 8/2021⁷), aunque anterior en el tiempo a la Constitución de 1978, obedece en nuestro sistema vigente al desarrollo del apartado segundo del art. 24 CE.

Y aunque en nuestro actual sistema constitucional se carece aún de una normativa reguladora respecto de otros profesionales como los periodistas⁸, respecto de los Abogados, el secreto profesional se encuentra profusamente regulado. Además de figurar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde su publicación, se recogió también en la redacción original de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, persistiendo hoy tales preceptos. Y asimismo figura en otras normas tales como el Estatuto y el Código Deontológico de la Abogacía, configurándose como una obligación (y según determinada interpretación doctrinal también como un derecho) del Abogado. Pero también y, sobre todo, en cuanto que garantía del derecho de defensa, como un derecho del justiciable.

⁶ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

⁸ La razón de este vacío legislativo reside en la tradicional oposición de la profesión periodística cualquier regulación, en el convencimiento de que la “no regulación” es la mejor opción regulativa, pues cualquier desarrollo normativo siempre sería restrictivo. 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Madrid, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 230.

II. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL SECRETO PROFESIONAL

1. El secreto profesional como obligación del Abogado

Dados los intereses en juego, y sin perjuicio de la dignidad de todo oficio o profesión, hay que decir que el ejercicio de la Abogacía no es una profesión cualquiera. Se ha llegado a calificar de “ministerio”, tal y como hiciera OSSORIO y GALLARDO en su obra de 1919, ya clásica, *El alma de la toga*, donde la comparaba a este respecto con el oficio religioso: *la alusión al sacerdote nos encamina hacia la solución. La abogacía no es una carrera ni un oficio sino un ministerio y como tal hay que contemplarla sin que le alcance ninguna otra regulación. [...] En cuanto nos detengamos a meditar sobre esas nobles características del abogado, nos persuadiremos de que no realiza un contrato, sino que ejerce un ministerio y nos acercamos a entender lo que es el secreto profesional*⁹.

En nuestro actual sistema político-jurídico, concebido como un Estado de Derecho (art. 1 CE), si atendemos a que la Abogacía es una pieza fundamental de tal clase de Estado, rápidamente se comprende que el secreto profesional del Abogado sea un principio rector del ejercicio de esta profesión, y así se define en el art. 1.3 Estatuto General de la Abogacía¹⁰: *Son principios rectores y valores superiores del ejercicio de la Abogacía los de independencia, libertad, dignidad e integridad, así como el respeto del secreto profesional*.

El secreto profesional se configura, en primer lugar, como un deber del Abogado en todas las modalidades de su actuación profesional -que lógicamente no incluye el asesoramiento para delinquir-, de cumplimiento obligado por éste (por más que se aluda a él también como derecho) para que pueda darse el clima que posibilite el ejercicio del derecho de defensa. En este sentido, el actual art. 21.1 Estatuto General de la Abogacía¹¹ dispone que: *La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente imponen al profesional de la Abogacía, de conformidad con lo establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el deber y el derecho de guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligado a declarar sobre ello*.

⁹ OSSORIO Y GALLARDO, Á.: *El alma de la toga* (1919), Editorial Porrúa, México DF, 2005, p. 27.

¹⁰ Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

¹¹ Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Y en sentido similar, el art. 5.1 del Código Deontológico de la Abogacía¹² establece que: *La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto, y, a la vez, le confiere este derecho, respecto de los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, limitándose el uso de la información recibida del cliente a las necesidades de su defensa y asesoramiento o consejo jurídico, sin que pueda ser obligado a declarar sobre ellos como reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

Tales alusiones a la Ley Orgánica del Poder Judicial¹³ deben entenderse referidas al art. 542.3, en el que se establece que: *Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.*

Pero por su incidencia en el derecho de defensa, el deber de secreto de los Abogados no solo les atañe a ellos, sino que tiene además una dimensión pública, pues no sólo tutela la intimidad de los clientes, sino que constituye un instrumento para salvaguardar la confianza en la profesión, única manera de posibilitar, desde un punto de vista general, la garantía del derecho de defensa de todos los ciudadanos.

Desde este punto de vista, se interpreta el secreto profesional desde la doble perspectiva de un derecho-deber¹⁴.

2. El secreto profesional ¿es también un derecho del Abogado?

El art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras establecer que están dispensados de la obligación de declarar -salvo excepciones en las que no procede profundizar aquí- los parientes más cercanos del procesado que se detallan en el precepto (si bien pueden hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia), establece este artículo en su apartado segundo que estará igualmente dispensado de tal obligación de declarar: *El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.* Asimismo, el art. 263 LECrim exime al Abogado de la

¹² Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019.

¹³ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁴ Así, STS Sala 2ª 847/1990, de 24 de junio de 1991.

obligación general de denunciar consagrada en el art. 262, respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes.

Doctrinalmente, suele derivarse de estas previsiones legales la naturaleza también de derecho del secreto profesional del Abogado. Ahora bien, si un derecho protege una esfera de libertad de una persona y esa libertad se manifiesta en que el titular del derecho puede decidir si ejercitarlo frente a otros o no, resulta contradictorio que un derecho pueda considerarse a la misma vez una obligación. Para justificar esta contradicción, por ejemplo, respecto de la obligación de votar existente en no pocos países, se ha llegado a afirmar que tal dualidad es posible cuando un derecho es creado en interés de alguien distinto de su titular, de modo que aquel de cuyo interés se trata puede exigir que el derecho sea ejercido diligentemente. Y a su vez el obligado a ejercerlo puede invocar su derecho frente a la injerencia de un tercero¹⁵.

Sin embargo, en un ordenamiento jurídico coherente y sin contradicciones internas, tal razonamiento resulta artificioso. Si una conducta se ha configurado legalmente como obligatoria, resulta innecesario decir que quien la realiza pese a la oposición o injerencia de un tercero ejerce un derecho. Pues también podría decirse sin más que cumple con su obligación legal y que por ello el Derecho no puede pararle consecuencias negativas. Lo contrario enmascara una obligación haciéndola pasar por un derecho, a fin de que el “titular” del derecho, poco advertido, cumpla la obligación legal (justa o injusta) de mejor agrado.

En consecuencia, parece más lógico considerar el secreto profesional simplemente como un deber del Abogado. Pues ¿qué derecho es ese cuyo ejercicio puede acarrear responsabilidad disciplinaria, civil e incluso penas de prisión?

Ciertamente, pese a la configuración y ubicación sistemática del art. 416 LECrim, no existe para el Abogado esa facultad o derecho de declarar o no que sí asiste a los parientes del procesado a fin de no violentar su conciencia o interferir en las relaciones familiares. Pues no solamente se le prohíbe al Abogado declarar sobre los hechos que conociera por razón de su profesión (art. 542.3 LOPJ, antes citado), sino que incluso el Código Penal¹⁶ en su art. 199.2 (norma especial respecto de la general del 199.1) castiga como reo del delito de revelación de secretos al *profesional que, con incumplimiento de*

¹⁵ Así, en ATRIA, F; SALGADO C. y WILENMANN, J.: *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*, Lom ediciones, Santiago (Chile), 2017.

¹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, el cual será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Resulta, además, interesante la jurisprudencia sobre este delito, por cuanto nos habla de la figura, aplicable al Abogado, del “confidente necesario”, dado que no es alguien a quien se decide espontáneamente hacer sabedor de determinados conocimientos, sino que tal decisión viene obligada por la naturaleza del servicio que se les requiere¹⁷, lo que conecta este deber con la dimensión e importancia pública del ejercicio de la Abogacía.

En consecuencia, los citados arts. 416.2 y 263 LECrim deben entenderse más bien como una prohibición o limitación al Juez, que no podrá obligar al Abogado del procesado a declarar respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, y no tanto como un genuino derecho del Abogado a no declarar sobre tales hechos, pues en realidad lo que tiene es la obligación de guardar silencio al respecto, so pena de incurrir incluso en las graves penas señaladas al correspondiente delito¹⁸.

Cabe señalar además cómo de acuerdo con nuestra jurisprudencia, el Abogado no puede invocar el secreto profesional frente a las injerencias que puede suponer una investigación judicial si existen indicios de que el propio Abogado ha cometido un hecho delictivo¹⁹. Asimismo, los Abogados, junto con los restantes profesionales liberales, tienen la obligación de colaborar con la Administración tributaria, lo que implica poner a disposición de Hacienda de los datos de identificación del cliente, la cuantía de los honorarios satisfechos y el concepto genérico del servicio prestado, sin que se

¹⁷ STS Sala 2ª 809/2017, de 11 de diciembre.

¹⁸ Podría pensarse que, si el Juez conmina al Abogado a declarar, este podría estar exento de responsabilidad criminal conforme al art. 20.7 CP por obrar en cumplimiento de un deber, pero ciertamente tal deber no existe por cuanto el art. 416 LECrim le exime de esa obligación de declarar, de modo que el Abogado tiene posibilidad de realizar otra conducta. Por otro lado, si advertido el Juez de que los hechos sobre los que pretende que declare un Abogado se enmarcan en el ámbito del secreto profesional, y aun así le obliga a hacerlo so pena de incurrir en las sanciones previstas en el art. 420 LECrim, estaría induciendo al Abogado a cometer un delito, y a su vez vulnerando el derecho de defensa de la persona a que se refieran los hechos, todo ello con evidente repercusión penal.

¹⁹ La STS Sala 2ª 414/2012, de 9 de febrero, recuerda cómo en la STS 2026/2001, FJ 9, se decía que “El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes”.

entienda que ello lesione el derecho al secreto profesional²⁰. Tampoco podrán invocar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria (art. 93.5 de la Ley General Tributaria²¹). Y conforme a la Ley 10/2010²², son sujetos obligados, salvo excepciones, a colaborar con el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC) en la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes consideradas sospechosas en relación con la compraventa de inmuebles, apertura de cuentas bancarias, creación de empresas en paraísos fiscales, etc.

De este modo, aunque doctrina y jurisprudencia aludan en ocasiones de una forma más literaria o enfática que efectiva al secreto profesional como un derecho del Abogado, se trata más bien, en nuestra opinión, más bien de un derecho del justiciable, si se quiere considerado de forma abstracta o general, comprensiva del conjunto de la ciudadanía²³.

3. El secreto profesional es, sobre todo, un derecho del justiciable

Como señala la STS 451/2018, el artículo 542.3 LOPJ, a diferencia del art. 416 LECrim, ya no distingue la condición que tenga con el abogado el afectado por la noticia. No se limita a descargar de la obligación de testimoniar, sino que impone la obligación de guardar secreto. “El derecho a tal secreto ya no es del abogado sino de las personas que dispusieron de su asistencia profesional”²⁴.

En este sentido, antes citada STS 414/2012²⁵ señalaba que el secreto profesional, “Concebido como un derecho del letrado a no revelar los datos, de la clase que sean, proporcionados por su cliente, o, con carácter más general, obtenidos en el ejercicio del derecho de defensa (...), opera también como un derecho del imputado a que su letrado no los revele a terceros, ni siquiera bajo presión. El

²⁰ STC 110/1984, de 26 de noviembre.

²¹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

²² Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

²³ Así, la STS Sala 3ª, de 10 de mayo de 1999, vinculaba el secreto profesional, concebido como un derecho del Abogado, a su propia independencia, que a su vez permite que pueda darse la confianza necesaria para el ejercicio del derecho de defensa: “el secreto profesional, enmarcado dentro del principio de reserva, se tutela y protege en el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...y las particulares Normas Deontológicas de cada uno de los Colegios de Abogados, al igual que las superiores y generales de su Consejo General, velan y protegen por este sacral derecho, piedra angular de la independencia de esta noble profesión, sobre la que se deposita la confianza de sus clientes, justiciables ante el Poder Judicial”.

²⁴ STS Sala 2ª 451/2018, de 10 de octubre.

²⁵ STS Sala 2ª 414/2012, de 9 de febrero.

conocimiento indebido del contenido de las comunicaciones entre ambos, pues, dejaría en nada este derecho”.

Podemos también mencionar cómo la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia²⁶ declara el derecho a que los profesionales que les representen asesoren o defiendan guarden riguroso secreto de cuánto les revelen o confíen en el ejercicio de estas funciones.

Y el Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 2 de febrero de 2024²⁷, al regular expresamente en su art. 15 la garantía de confidencialidad de las comunicaciones y el secreto profesional, señala y reitera que la confidencialidad de todas las comunicaciones mantenidas entre un profesional de la abogacía y su cliente tienen carácter confidencial, de modo que sólo podrán ser intervenidas en los casos y con los requisitos expresamente recogidos en la ley, y no podrán hacerse valer en juicio, ni tendrán valor probatorio (excepto en los casos en los que se hayan obtenido de acuerdo con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en que su aportación o revelación haya sido autorizada conforme a la regulación profesional vigente).

Ni siquiera se admitirán los documentos, cualquiera que sea su soporte, que contravengan la anterior prohibición, salvo que expresamente sea aceptada su aportación por los profesionales de la abogacía concernidos o las referidas comunicaciones se hayan realizado con la advertencia expresa y explícita de poder ser utilizadas en juicio.

Como novedad, se desglosan asimismo las manifestaciones que comprenderá el secreto profesional, siendo las mismas:

- a) La inviolabilidad y el secreto de todos los documentos y comunicaciones del profesional de la abogacía, que estén relacionados con el ejercicio de sus deberes de defensa.
- b) La dispensa a prestar declaración ante cualquier autoridad, instancia o jurisdicción sobre hechos, documentos o informaciones de los que tuvieran conocimiento como consecuencia de su desempeño profesional, con las excepciones legales que puedan

²⁶ Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia. Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el 16 de abril de 2002.

²⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales: 121/000006. Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa. Serie A: PROYECTOS DE LEY, 2 de febrero de 2024. Núm. 6-1.

https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-6-1.PDF.

establecerse. La protección del secreto profesional en la entrada y registro de los despachos profesionales respecto a clientes ajenos a la investigación judicial.

No obstante, hasta tanto sea aprobada esta futura Ley Orgánica, lo relativo al modo de ejercicio del derecho de defensa del investigado en el proceso penal y a la vertiente procesal de este secreto profesional viene regulado en el art. 118 LECrim, en su redacción dada por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre²⁸. Este precepto señala que el derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un abogado de libre designación o, en su defecto, de un abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente (incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial) y asimismo que si el investigado no lo hubiese nombrado, se le requerirá para que lo haga o se le nombrará de oficio cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de este profesional. El apartado 4 establece expresamente que *“Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial”*.

III. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 2ª) NÚM. 1023/2022, DE 26 DE ABRIL DE 2023

Expuestas las anteriores características generales del secreto profesional del Abogado como concreción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, nos adentramos en el comentario de la STS 1718/2023, de 26 de abril ²⁹, de la que fue ponente el Excmo. Sr. Llarena Conde, la cual aporta algunas pinceladas interesantes en cuanto a los contornos de esta obligación del Abogado y derecho de los justiciables, señalando por qué en el caso concreto no se estima vulnerado tal derecho fundamental. Cabe recordar cómo el art. 11 LOPJ establece que *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*, y el art. 238.3º LOPJ que los actos procesales serán nulos de pleno derecho *“Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”*.

1. Iter procesal y principales hitos

El Juzgado de Instrucción n.º 2 de Avilés incoó Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 46/2015 por un delito continuado de malversación de caudales públicos en concurso medial con un

²⁸ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

²⁹ ROJ: STS 1718/2023 - ECLI:ES:TS: 2023:1718.

delito continuado de falsedad en documento mercantil y oficial; un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de estafa; un delito continuado societario y un delito de insolvencia-concurso punible contra, entre otros, Leovigildo, Melchor, Nazario y Viajes El Corte Inglés, como responsable civil subsidiario.

Una vez concluido, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Tercera. Órgano que, los trámites pertinentes, con fecha 25 de junio de 2020, dictó Sentencia n.º 241/2020 en la que se contienen, en apretada síntesis, como hechos probados, cómo la Fundación Centro Cultural Internacional Oscar Niemeyer Principado de Asturias se constituyó en Avilés el 29 de diciembre de 2006 como una Fundación cultural, humanística y docente de carácter privado, sin fin lucrativo, de duración indefinida, con afectación de su patrimonio a la promoción, difusión y gestión del referido Centro Cultural a fin de convertirlo en uno de los principales motores dinamizadores de la vida cultural, social y económica del Principado de Asturias, desarrollar la economía, generar empleo e impulsar un cambio profundo en las bases de la sociedad asturiana, convirtiéndose en un elemento básico de la ordenación del territorio del eje central de la región.

El Director General de la Fundación, el acusado, Leovigildo, sabedor de la limitada supervisión y control económico del Patronato, gozando además de su plena confianza, generó a la Fundación gastos ajenos a sus fines durante todo el tiempo que duró su relación laboral, disponiendo de sus fondos en beneficio propio, de sus familiares, amigos y terceros de su entorno, como si de su propiedad fueran, en detrimento de la Fundación. A tal fin, Leovigildo sirviéndose de la colaboración del también acusado Melchor, empleado de Viajes El Corte Inglés, S.A. -en adelante VECI-, ordenaba y autorizaba el gasto que suponía la contratación de desplazamientos por vía aérea y terrestre, y estancias hoteleras a favor de familiares y allegados de su entorno. Y con la finalidad de lograr que las facturas y demás documentos acreditativos del gasto no reflejasen la auténtica realidad del servicio prestado, la verdadera identidad de las personas que disfrutaron de mismo, la correcta fecha en la que fue prestado o sus costes globales, se concertaron ambos para crear, unas veces facturas totalmente falsas y, otras, con alteración sustancial de sus conceptos. De este modo, Leovigildo, en ejecución del acuerdo de voluntades que tenía con Melchor y que a partir del año 2010 contó con la participación activa del también acusado Nazario, Secretario de la Fundación, y con la finalidad de que se pudiesen presentar al Patronato unas cuentas lo más saneadas posibles, y, en todo caso, para ocultar el concepto de los gastos reales, realizaron una serie de conductas consistentes

fundamentalmente en que la Fundación dejase de contabilizar una serie de facturas que detalladamente se relacionan en la declaración de hechos probados.

El resultado contable fue que en las cuentas anuales de la Fundación Niemeyer apareciera al principio un superávit euros que no respondía a la realidad, al no contabilizarse todos los gastos de VECI que se debían contabilizar usando facturas manipuladas y procediendo, a fin de no destacar los costes reales en que se había incurrido, a la destrucción las facturas originales de VECI, sustituyéndolas por otras.

Las cuentas del ejercicio económico 2008 consignaron igualmente un superávit de que no se correspondía con la realidad, pero más adelante, y como consecuencia del intencionado desbarajuste contable de la Fundación, las cuentas de la misma arrojaron un déficit durante los años 2010, 2011 y 2012, que no se correspondía con la realidad, y que venía motivado por la actuación llevada a efecto por el acusado Leovigildo con la intervención del acusado Nazario, tendente a ocultar una importante parte de la facturación real emitida por VECI y su deuda efectiva.

Cabe destacar cómo el grueso de los ingresos de la Fundación provenía de Administraciones Públicas, en concreto del Principado de Asturias, del Ayuntamiento de Avilés, de la Autoridad portuaria, del Ministerio De Cultura, así como de la Caja de Ahorros de Asturias.

No nos interesa aquí tanto la condena de la Audiencia Provincial de Oviedo a Leovigildo y a José Melchor como la condena por un delito continuado societario a Nazario, Secretario de la Fundación, condenado como autor de un delito societario de falsedad contable tras extraer el Tribunal de instancia su convencimiento de la información ofrecida por los libros contables de la Fundación Niemeyer correspondientes a los ejercicios económicos de 2007 a 2012, así como de sus cuentas anuales.

Nazario, en un momento dado, había regularizado las cuentas a través de la sociedad profesional "REBOLLO ABOGADOS CONSULTA SLP." mediante la intervención de su empleado, Gaspar. Pues bien, Nazario interpuso recurso de casación alegando en síntesis vulneración de derechos fundamentales e invocando tanto la Constitución como distintos tratados internacionales. Nos interesa en esencia la alegación de vulneración de la garantía del debido proceso con todas las garantías, en especial en lo relativo al secreto profesional.

Al margen de algunos reproches procesales que el Tribunal Supremo realiza a la defensa de Nazario, el recurrente cuestiona la validez de la prueba pericial de cargo porque el perito de la Agencia Estatal

de la Administración Tributaria (AEAT) que fue designado, no prestó según señala el debido juramento o promesa de cumplir fielmente la función que se le encomendó; el informe se emitió sin que se fijara claramente el objeto del informe, tal y como exige el artículo 475 de la LECRIM, y a partir de información que la defensa desconoce. Y, sobre todo, reprocha que el informe pericial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria se basó en la información que, verbalmente y mediante un USB, aportó Gaspar sobre su trabajo en la firma *Rebollo Abogados* y relativa a la labor profesional que desempeñó respecto de la Fundación Niemeyer. Considera el recurrente Nazario que esta información resulta inválida, pues vulneró el secreto profesional que amparaba al recurrente como titular de la firma *Rebollo Abogados Consulta Sociedad Limitada Profesional*, dado que su objeto social de la sociedad es el ejercicio de la abogacía y el asesoramiento jurídico.

Cabe señalar que los hechos probados se extraen fundamentalmente, según la Sentencia, de la prueba testifical y de la prueba pericial practicadas.

Pues bien, nuestra Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2023 recuerda cómo el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones y de la información transmitida entre abogado y cliente es una exigencia inherente al derecho de defensa que responde a la función fundamental de defensa de los justiciables que desempeñan los abogados en una sociedad democrática y a la relación de confianza que debe existir entre ambos para poder alcanzar ese objetivo de forma efectiva (*Michaud c. France*, sentencia de 6 de diciembre de 2012, entre otras), reconociendo además nuestra jurisprudencia las posibilidades de restricción de la confidencialidad sobre la base de la doctrina del TEDH (SSTS 657/2021, de 28 de julio o 796/21, de 20 de octubre).

Recuerda asimismo cómo en su sentencia *Versini-Campinchi e Crasnianski c. Francia* (STEDH de 16 de junio de 2016), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos proclamó que no existe violación del artículo 8 del CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) cuando la injerencia sea proporcional al fin legítimo perseguido de defensa del orden público, lo que es observable cuando existen indicios fundados de que el abogado ha podido cometer él mismo una actuación delictiva y se confirme por la autoridad judicial que la observación no lesiona el derecho de defensa del cliente; y cómo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de Gran Sala de 14 de septiembre de 2010, señaló que *la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes debe ser objeto de protección a nivel comunitario*, si bien supeditó tal beneficio a dos requisitos:

- ... Por una parte, debe tratarse de correspondencia vinculada al ejercicio de los derechos de la defensa del cliente, y,
- Por otra parte, debe tratarse de abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral.

Y, sobre todo, por lo que aquí interesa, la STS 1023/2022 vino a definir un esquema de protección del secreto profesional: señala la Sentencia cómo en el presente supuesto, el 22 de octubre de 2013 el perito de la AEAT requirió a Gaspar para que respondiera a un cuestionario de preguntas sobre la actividad económica de la Fundación Niemeyer. Gaspar compareció y dio respuesta a la información que se le solicitó, aportando además un periférico de memoria (Universal Serial Bus o USB por sus siglas en inglés) con múltiple documentación. Pero esta información en modo alguno quebranta la confidencialidad que analizamos y no sólo porque el recurrente, pese a ser el titular de la firma Rebollo Abogados Consulta Sociedad Limitada Profesional, era un investigado como presunto responsable de parte de la trama que hoy se enjuicia, sino por dos razones que rompen el esquema de protección de la defensa en el que el recurso busca cobijo:

- De un lado, la información aportada al perito hacía referencia a la actividad económica y financiera de la Fundación Niemeyer, incluyendo correos electrónicos cursados para la gestión que se les encomendó y que fueron también aportados por *Viajes El Corte Inglés*.

A ello se añade que se trataba de una información que no se inserta en el espacio de reserva inherente al derecho de defensa de un encausado, pues la Fundación fue la entidad denunciante de los hechos que motivaron la investigación, de modo que no era destinataria de las sospechas sino promotora de la indagación y titular de la información económica. Fue la entidad quien denunció el posible fraude en la contabilidad perpetrado por Leovigildo como Director General de la Fundación y por el recurrente (Nazario) como secretario de su Consejo de Administración.

- Y de otro lado, la información aportada no se había obtenido con ocasión del ejercicio de la actividad profesional de abogado, por más que ese fuera uno de los servicios prestados por la firma del recurrente, sino que eran datos con los que contaba Gaspar en virtud de los servicios contables que prestaba a la Fundación.

2. Breves conclusiones sobre el secreto profesional a la luz de la STS 1023/2022, de 26 de abril de 2023

En conclusión y en resumida síntesis, la STS 1023/2022, de 26 de abril de 2023, aquí comentada, resulta interesante en cuanto a la delimitación de los contornos del secreto profesional, por cuanto viene a señalar que:

- El secreto profesional no ampara todo tipo de actuación profesional si esta se encuentra desconectada del ejercicio del derecho de defensa.
- Desde luego, no ampara la actuación del Abogado cuando también existen indicios de criminalidad contra éste.
- A mayor abundamiento, si la información obtenida por el Juzgado no procede exclusivamente del Abogado, sino que es aportada también al proceso por otra parte procesal como es el responsable civil subsidiario, se excluye la vulneración del secreto profesional (de alguna manera, ya no se trataba de un secreto, pues era conocido por más personas).
- Cuando un Abogado realiza otros servicios afines o complementarios, como los servicios contables, estos no se encuentran amparados por el secreto profesional.
- En consecuencia, puede afirmarse que lo protegido por el derecho al secreto profesional del art. 24 de la Constitución es la función del estricto ejercicio de la profesión de la Abogacía en su conexión con el derecho de defensa, pero no se trata de una inmunidad general para toda actuación profesional de estas personas, quedando excluidas aquellas actividades paralelas o complementarias, como las de contabilidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, [https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con).

Constitución Española, [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>.

Ley Orgánica 10/1995, Código Penal, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

Ley 58/2003, General Tributaria, <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/12/17/58/con>.

Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, <https://www.boe.es/eli/es/l/2010/04/28/10/con>.

Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/10/05/13>.

Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019, <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf>.

Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8/con>.

Estatuto General de la Abogacía Española, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/03/02/135/con>.

2. Jurisprudencia citada

STC 110/1984, de 26 de noviembre.

STS Sala 2ª 847/1990, de 24 de junio de 1991.

STC 60/1995, de 16 de marzo.

STS Sala 3ª, de 10 de mayo de 1999.

STC 154/2001, de 2 de julio.

STC 231/2002, de 9 de diciembre.

STC 167/2003, de 29 de septiembre.

STC 115/2008, de 29 de septiembre.

STS Sala 2ª 414/2012, de 9 de febrero.

STS Sala 2ª 809/2017, de 11 de diciembre.

STS Sala 2ª 451/2018, de 10 de octubre.

3. Otras fuentes

ATRIA, F; SALGADO C. y WILENMANN, J.: Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional, Lom ediciones, Santiago (Chile), 2017.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: (Dir.): 113 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, Madrid, Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, 2013.

OSSORIO Y GALLARDO, Á.: El alma de la toga (1919), Editorial Porrúa, México DF, 2005.

Diccionario panhispánico del español jurídico, 2023, <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-un-proceso-con-todas-las-garant%C3%ADas>.

Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia. Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el 16 de abril de 2002.

Boletín Oficial de las Cortes Generales: 121/000006. Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Defensa, 2 de febrero de 2024, Núm. 6-1, https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-6-1.PDF.

LOS PAYASOS JUSTICIEROS. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 351/2023

María Teresa Manga Alonso

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

SUMARIO: *Introducción. II. Hechos relevantes. III. Calificación jurídica de los hechos por el TSJ. 1. Hechos cometidos por Julio. 2. Hechos cometidos por Leandro. 3. Hechos cometidos por Flor. 4. Hechos cometidos por Gracia. IV. Doctrina jurisprudencial 1. Recurso de Flor. 1.1. Celebración de vista en casación. 1.2. Incidencia de un proceso coetáneo sobre violencia de género. 1.1.1. Coincidencia de dos procesos en el tiempo. 1.1.2. Tratamiento que debe darse a la denunciante de un delito de violencia de género. 1.3. Aportación de nueva documentación en casación. 1.4 Incautación de teléfonos. Derecho al entorno virtual. 1.5. Posible incompatibilidad de las defensas. 1.6. Elementos del tipo de incendio del art. 351 del CP. 1.7. Uso y abuso del art. 849.2 de la LECRIM: no todo son documentos. 1.8. Posible contestación por remisión. 2. Recurso de Julio. 2.1. Los delitos de robo deben ser integrados en el delito continuado de daños. 2.2. Previsión atenuatoria en el delito de incendio del art. 351.1 del CP. 3. Recurso de Leandro. 3.1. Incautación de teléfonos. Derecho al entorno virtual. 3.2. Incompatibilidad de las defensas. 4. Recurso del Ministerio Fiscal. 4.1. Procede convertir la participación de Flor y Gracías en coautoría. V. Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos cometidos entre el 14 de junio y el 19 de julio de 2018 en Logroño y zonas próximas por quienes en redes sociales se hacían llamar “Los payasos justicieros” fueron juzgados en primera instancia por la Audiencia Provincial de Logroño en sentencia 161/20 de 18 de diciembre, recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal y tres de los cuatro acusados. Conoció del recurso el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en la sentencia de 14 de abril de 2021.

Diversos incendios provocados en el plazo de un mes que llegaron a calcinar 12 vehículos y motocicletas y a dañar otros, algunos causados en garajes con importantes daños materiales y en ocasiones con riesgo para los habitantes de los inmuebles, llegaron a generar alarma social.

Cinco personas han resultado condenadas por los hechos, un menor de edad y otras cuatro, dos hombres y dos mujeres menores de 25 años, cuya actuación será analizada a continuación conforme a la doctrina jurisprudencial resultante de los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal y por tres de los condenados.

II. HECHOS RELEVANTES

De forma resumida y al efecto de lograr fácilmente la comprensión de la doctrina jurisprudencial resultante de la sentencia analizada, de la cual fue ponente el Excmo. Sr. Don Antonio del Moral García, los hechos declarados probados fueron:

- 1º. Julio y Flor se dirigieron al lugar donde estaba estacionado el vehículo del que era conductor habitual Seraffín, expareja de Flor, y mientras esta permanecía en el interior del vehículo vigilando y/o para facilitar la huida, Julio por animadversión prendió fuego al vehículo.
- 2º. Julio y Flor se dirigieron a un estacionamiento de motocicletas, permaneciendo Flor en el vehículo vigilante y esperando la llegada de Julio, quien prendió fuego a la moto de un conocido que quedó totalmente calcinada. El fuego causó suciedad en la parte trasera del inmueble.
- 3º. Julio y Flor en el vehículo de aquel se dirigieron a un polígono permaneciendo Flor en el interior vigilante y dispuesta a facilitar la huida mientras Julio prendió fuego al coche de un conocido con el que tenía enemistad, quedando el turismo totalmente calcinado.
- 4º. Julio, Leandro y Flor, en el vehículo de Julio, se dirigieron donde se hallaba un vehículo vendido por el padre de Julio y del que decía que la propietaria adeudaba 500 euros, y con una llave que tenía en su poder, sin conocimiento de la propietaria, él y Leandro accedieron al vehículo y se desplazaron hasta un paraje frecuentado por los acusados, donde condujeron a turnos por caminos, haciendo bruscas maniobras, golpeando el vehículo, para después quemarlo quedando totalmente calcinado. Flor acudió después al lugar con el vehículo de Julio, atendiendo a la llamada de los otros dos acusados para que fuera a buscarlos.
- 5º. Julio y Leandro mientras Flor esperaba en el coche de aquel se apropiaron ilegítimamente de un vehículo marca Nissan con el que después los tres acusados golpearon repetidamente a un turismo BMW propiedad de una expareja de Flor. A continuación, prendieron fuego al vehículo Nissan que quedó totalmente calcinado.
- 6º. Mientras Flor permaneció en el vehículo en actitud vigilante y de facilitación de la huida, Julio molesto por una multa, quemó un contenedor, afectando el fuego a una motocicleta y a un coche, y los gases del incendio a la persiana de un inmueble, sin que se produjera peligro para la vida o la integridad de las personas.
- 7º. Mientras Flor permanecía en el vehículo de Julio, en actitud vigilante y de apoyo a la huida, Julio prendió fuego a un apilamiento de sarmientos que se hallaban en el exterior de una bodega. El incendio no produjo peligro para la vida o la integridad de las personas.

- 8º.** Mientras Flor permaneció en el vehículo de Julio, vigilando y/o para facilitar la huida, Julio y Leandro prenden fuego a un vehículo.
- 9º.** Julio, Leandro y Flor se dirigieron a un garaje comunitario, comprobando que la llave que llevaba Julio daba acceso al garaje. Regresaron al coche de Julio quedando Flor en el interior de este. Mientras, los coacusados cogieron un bote de disolvente y volvieron al garaje para prender fuego a tres vehículos. Una vez regresaron al coche de Julio, los tres emprendieron la huida. Además de los 3 coche calcinados resultaron dañados otros 6. Los gases y humos implicaron peligro para los moradores del edificio y los bomberos, estando el inmueble desalojado durante una hora.
- 10º.** Estando Flor a la espera en el vehículo de Julio, éste y Leandro intentan prender fuego con disolvente a un vehículo, y al no conseguirlo vuelven junto a Flor y los 3 van a una gasolinera donde Julio compra una botella de gasolina. Vuelven al lugar y quedándose Flor y Julio en el coche de éste, Leandro rompe un cristal del vehículo, lo rocía de gasolina y lo prende fuego. El coche calcinado era propiedad de la pareja de una antigua novia de Leandro.
- 11º.** Julio y Leandro sustrajeron un vehículo Citroën que llevaron a un camino donde lo prendieron fuego. Al día siguiente sustrajeron otro vehículo marca Nissan con el que se dirigieron al camino seguidos por Flor quien conducía el vehículo de Julio. Los acusados condujeron por turnos el Nissan hasta impactar contra el Citroën que cayó por un terraplén seguido del Nissan. Los acusados abandonaron el lugar en el coche de Julio en el que permanecía Flor.
- 12º.** Leandro y Gracia acceden a un garaje comunitario. Mientras Gracia observa, Leandro fuerza tres vehículos. Manifestada la intención de Leandro de prenderles fuego, Gracia abandona el lugar antes de que aquel procediera a quemarlos. Resultaron calcinados 4 vehículos, dañados 24 vehículos y una vivienda. El incendio provocó daños estructurales en el garaje y generó riesgo para la vida o integridad física tanto de los moradores del inmueble como de los bomberos encargados de las labores de extinción.
- 13º.** Leandro y Gracia forzaron una caseta de obra y se apoderaron de las llaves de un vehículo, para desplazarse con él por diferentes calles de la ciudad y dejarlo después estacionado. Al día siguiente Leandro volvió al lugar donde estaba el coche y fue con él a buscar a Gracia, desplazándose en el vehículo hasta que causaron en el mismo, daños que supusieron fuera declarado siniestro total.
- 14º.** Los acusados Julio, Flor e Leandro, se denominaban "los payasos justicieros", actuando de consuno para la realización de los hechos que en los precedentes se describen.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS POR EL TSJ

1. Hechos cometidos por Julio

Fue considerado autor de un delito continuado de daños causados mediante incendio del artículo 266.1 y de un delito continuado de daños del artículo 263; de un delito continuado de robo con fuerza de los artículos 237 a 240.1; de un delito de incendio con peligro para la vida o integridad física de las personas del artículo 351; de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos menos graves del artículo 570 ter 1. apartado c), preceptos todos del CP.

2. Hechos cometidos por Leandro

Fue considerado autor de un delito continuado de daños mediante incendio del artículo 266.1 y de daños del 263; de un delito continuado de robo con fuerza de los artículos 237 a 240.1; de un delito de incendio con peligro para la vida o integridad física de las personas del artículo 351, párrafo primero; de un delito de incendio con riesgo para la vida o integridad física de las personas del artículo 351, párrafo primero; de un delito de robo con fuerza en las cosas de los artículos 237 a 240.1 y de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos menos graves del artículo 570 ter 1. apartado c), preceptos todos del CP.

3. Hechos cometidos por Flor

Fue considerada cómplice un delito continuado de daños causados mediante incendio del artículo 266.1, autora de un delito continuado de daños del artículo 263, autora de un delito continuado de robo con fuerza de los artículos 237 a 240.1, cómplice de un delito de incendio con peligro para la vida o integridad física de las personas del artículo 351 y autora de un delito de pertenencia a grupo criminal para la comisión de delitos menos graves del artículo 570 ter 1. apartado c), preceptos del CP.

4. Hechos cometidos por Gracia

Se la consideró cómplice de un delito de robo con fuerza en las cosas, de los artículos 237 a 240.1 CP.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1. Recurso de Flor. Sobre la necesidad o no de celebrar vista en casación. La incidencia de procedimientos sobre violencia de género. Aportación de prueba documental en segunda

instancia. Derecho al entorno virtual. Incompatibilidad de las defensas. Análisis del art. 351 CP y 849.2 de la LECRIM. Contestación por remisión

a) Celebración de vista en casación

Flor reclamó la celebración de vista en el escrito de formalización a través de un otrosí. El resto de las partes reputaron innecesaria la vista.

La Sala rechazó la solicitud por no considerar ni necesario ni conveniente ese nuevo trámite.

La entidad de la pena no determina por sí sola la obligatoriedad de vista. El tenor del art. 893 bis a) de la LECrim. no hace imperativa su celebración en este supuesto, según interpretación tanto de esta Sala como del Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes.

b) Incidencia de un proceso coetáneo sobre violencia de género

1) Coincidencia de dos procesos en el tiempo

Flor, buscando un asidero en el art. 24.1 de la CE (tutela judicial efectiva), denuncia que no se haya esperado a que se ventilase la denuncia interpuesta por la recurrente contra un coacusado por violencia de género. Habría sido esencial, dice, contar con las resultas de ese procedimiento en cuanto, en su versión, su actuación estuvo determinada por la coacción a que fue sometida por su expareja, Julio.

Esta pretensión no se hizo valer ni en apelación ni en la instancia. No se solicitó la suspensión del proceso. Se trata, por tanto, no solo de una cuestión nueva, sino también de un alegato *per saltum*. Su toma en consideración supondría admitir un recurso no contra la sentencia de apelación (única recurrible en casación), sino contra la de instancia.

Consolidada doctrina del TS releva que son inadmisibles pretensiones que afloran por primera vez en el recurso de casación. Por lo demás, no existe prejudicialidad penal devolutiva en el proceso penal.

2) Tratamiento que debe darse a la denunciante de un delito de violencia de género

Sostiene la recurrente que no ha sido tratada como víctima de violencia de género lo que supondría conculcar el principio de igualdad (art. 14 CE).

Razona la Sala que si la recurrente se queja por no haberse conferido crédito a sus manifestaciones exculpatorias: actuaba presionada y coaccionada por su entonces pareja), tampoco la condición de víctima de violencia de género (o presunta víctima o denunciante) supone un marchamo que obligue a los Tribunales a validar acríticamente el testimonio vertido. La Audiencia valoró el conjunto probatorio y, con enorme fuerza suasoria, explicó por qué no le parecieron fiables esas declaraciones interesadas, contradichas, no solo por las manifestaciones de los coacusados, sino por otros testigos, por las iniciales declaraciones de la acusada y por varios datos objetivos.

Acertó ya la Audiencia Provincial rechazando la eximente de miedo insuperable. No es planteable en casación una revaloración probatoria basada en prueba personal para dotar de contenido a esa eximente que exige mucho más que una presión psicológica o un verse arrastrada por otra persona, que se apoya en su eventual inmadurez, a secundar acciones durante tiempo prolongado y no meramente episódicas, lo que resta verosimilitud a una coacción sostenida. La antijuricidad de las conductas era manifiesta. A veces, además colaboró de forma no meramente pasiva (conducción de alguno de los vehículos).

Por otro lado, no haber impedido la visualización entre los coacusados en el acto del juicio oral mediante la colocación de un biombo (de lo que también se quejó la recurrente) es decisión cuya corrección no puede ser revisada en casación salvo que se denunciase que influyó en el resultado probatorio, lo que ni siquiera se insinúa.

c) Aportación de nueva documentación en casación

En cuanto a los documentos ofrecidos por la parte, pero rechazados, amén de no ser de ninguna forma decisivos, el Tribunal Superior de Justicia reprocha con razón a la parte no haber acudido al remedio previsto para esa queja: aportación en la segunda instancia. Precluyó, por tanto, la posibilidad de protestar por tal motivo.

Desde que se implantó una apelación previa a la casación en estos procedimientos competencia de la Audiencia Provincial se hace obligado reiterar la práctica de la prueba en la segunda instancia, tal y como previene el art. 790.3 LECr. El remedio específico y primario para ese tipo de gravamen, consiste en la reproducción de la prueba en apelación; no la nulidad que siempre comporta retrasos que el legislador quiere evitar.

Esa omisión en apelación obstaculiza la admisibilidad del motivo, lo que se convierte en causa de desestimación sin necesidad de estudiar el fondo.

d) Incautación de teléfonos. Derecho al entorno virtual

Reclamó también la recurrente la inutilizabilidad de las pruebas derivadas del examen de los móviles, alegando que había otros medios de prueba menos invasivos lo que descalifica acudir a tal diligencia.

Rechazó el Alto Tribunal tal argumento pues la diligencia vino precedida de una autorización judicial razonada. Se trata de actuación que no afecta al secreto de las comunicaciones, en tanto se refirió a mensajes ya emitidos y recibidos, es decir, ya finiquitado el proceso de comunicación. Es la intimidad el derecho afectado. Más en concreto, el derecho al entorno virtual, lo que tiene un rango distinto: la protección constitucional es inferior a la brindada al derecho al secreto de comunicaciones.

La diligencia fue procedente, contaba con autorización judicial y fue proporcionada y útil y necesaria, según entendió el Tribunal Supremo.

e) Posible incompatibilidad de las defensas

Alegó Flor la incompatibilidad de las defensas pues tras las detenciones de los sospechosos, fueron todos ellos asistidos del mismo abogado de oficio, lo que debería llevar según la recurrente a declarar nulas sus declaraciones.

Sobre este particular, el Tribunal Supremo vino a recordar que la incompatibilidad de defensas ha de valorarse en concreto y no en abstracto. En abstracto siempre habría incompatibilidad en cualquier supuesto de pluralidad de acusados pues siempre cabrá imaginar, por vía de hipótesis, estrategias defensivas contradictorias (alguno inculpa a los otros). La incompatibilidad con repercusiones procesales aparecerá cuando las estrategias defensivas efectivamente desplegadas -no las hipotéticas- se sitúen en polos opuestos, de forma que la defensa de uno de los acusados pase por la culpabilidad del otro no aceptada por éste. No sucedía eso en las declaraciones iniciales vertidas en esta causa: las versiones eran en lo sustancial coincidentes. La diversificación de líneas defensivas aparecerá después. Y en esos momentos ulteriores las direcciones letradas eran ya asumidas por profesionales distintos.

Por lo demás, tal circunstancia no eliminaría -falta la conexión de antijuricidad- el valor de las declaraciones realizadas tanto en el acto del juicio oral como algunas anteriores vertidas en sede judicial.

La recurrente no ha compartido en ninguna fase de este proceso letrado con el coacusado Julio. Y la referencia a otros procedimientos judiciales carece de trascendencia.

f) Elementos del tipo de incendio del art. 351 CP

Consideró Flor mal calificado el incendio del art. 351 CP al no detectarse un peligro para la vida o integridad física de personas. Señaló que el fuego se prendió en un garaje y no en las viviendas, y que en estas no se causó daño alguno; por lo que habría que haber acudido a la tipicidad residual del art. 266 del CP.

Lo entendió así el Tribunal en relación con la intervención de Flor, que recordemos fue acompañar a Julio y a Leandro hasta las proximidades de la Jefatura Provincial de Tráfico donde estacionaron el vehículo, apeándose los tres; dirigiéndose a un garaje comunitario donde comprobaron que una llave que llevaba Julio abría la puerta de este, para después regresar al lugar donde habían dejado estacionado el vehículo de Julio. Julio tomar un bote de disolvente de su vehículo, regresando con Leandro al garaje, mientras Flor permanecía en el vehículo Seat León de Julio, esperando el regreso de los otros dos acusados para emprender la huida.

Afirmó el Tribunal Supremo que estamos ante un delito de peligro hipotético. No es necesario un peligro concreto. Los bomberos tuvieron que evacuar el edificio. Ellos mismos, para sofocar el incendio, se pusieron en claro riesgo de sufrir alguna lesión. Fue suficiente el dolo eventual en cuanto al peligro, es decir a la idoneidad de la acción para generar ese riesgo (afectación de personas), lo que no puede negarse en los autores mentados tratándose de un edificio de viviendas.

Ahora bien, el hecho probado no refleja nítidamente la presencia de ese dolo, al menos eventual, respecto de la acusada ahora recurrente. Habiendo permanecido fuera del inmueble y, debiendo conocer sin duda que sus acompañantes iban a prender fuego a algún vehículo -había sido protagonista de hechos similares- es hipótesis admisible que no alcanzase a vislumbrar la pluralidad de coches incendiados, la extensión del fuego provocado y la probabilidad de afectar a los usuarios del inmueble. Respecto de ella, no es descartable la ausencia del tipo subjetivo con la consiguiente consecuencia de vernos obligados a encajar estos hechos en un delito del art. 266 CP agrupable con los restantes en el mismo delito continuado.

g) Uso y abuso del art. 849.2 de la LECRIM: no todo son documentos

La recurrente busca, estérilmente, acomodo en el art. 849.2º LECrim enarbolando como documentos determinadas declaraciones, un informe psicológico, informes de grafística y testimonios de otras diligencias previas.

La respuesta, dijo la Sala, que no podía ser otra que la desestimación dado el manifiesto apartamiento del argumentario desplegado respecto de la disciplina del art. 849.2º LECrim. Los documentos designados carecen de las características requeridas para sustentar un razonamiento acorde con la causal por *error facti* que consagra el citado precepto procesal.

El uso - ¡abuso! - del art. 849.2 LECr es tan frecuente, como infrecuente su manejo correcto, dice el Tribunal Supremo, y exige que un órgano judicial colegiado haya hecho caso omiso a un documento indiscutible.

El error en la valoración de la prueba no puede dissociarse del conjunto de requisitos que lo acompañan, tanto legales -el error ha de basarse en prueba documental no contradicha por otros elementos probatorios-, como jurisprudenciales -el documento ha de ser literosuficiente, esto es, que evidencie por sí mismo sin necesidad de razonamiento o deducción ulterior alguna, lo que se quiere probar-.

Solo respecto de la prueba documental la posición de un Tribunal de casación es idéntica a la del Tribunal de instancia en orden a la inmediación. Y lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente el correctivo: si otros medios de prueba de carácter personal desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal de casación no goza de inmediación. Por tanto, en la concepción de nuestra legislación procesal, está incapacitado para sopesar la fuerza probatoria del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias que no percibe con inmediación.

El recurso ahora examinado, dice la Sala, que constituye un ejemplo más de esa muy habitual desfiguración de la arquitectura del precepto. No acude la recurrente a documentos literosuficientes que evidencian la equivocación del Tribunal de instancia; sino a elementos documentales (no todos estrictamente tales) que, abonando la tesis la tesis de la recurrente, están muy lejos de acreditarla, que es lo que reclamaría para triunfar un motivo basado en el art. 849.2º.

Es más, termina diciendo el Tribunal Supremo, con independencia de lo que puedan demostrar los documentos, siempre militaría en contra de la versión defendida una prueba de tipo personal: otros acusados han imputado a la recurrente; incluso ella misma en alguna declaración aceptó sus responsabilidades.

h) Posible contestación por remisión

La contestación por remisión a otros recursos -por lo que protesta Flor- resulta lógica y habitual en la literatura de una sentencia dice el Tribunal.

En esta misma sentencia es usada la técnica en relación con el recurso de Leandro; de modo que lo ya resuelto en el recurso de Flor se dará por refutado sin necesidad de repetir argumentos.

2. Recurso de Julio. El ánimo de lucro consustancial al delito de robo. Previsión atenuatoria del art. 351 CP

a) Los delitos de robo deben ser integrados en el delito continuado de daños

Señala el recurrente que resulta artificial la separación: había un propósito único de dañar y no ánimo de lucro.

La Sala da la razón al recurrente. Los hechos probados no son compatibles con un ánimo de apoderamiento definitivo que resultaría muy poco coherente con su destrucción casi inmediata; sin apenas solución de continuidad en la mayoría de los casos. Quieren destrozarse los coches y, en algunos casos, buscando ese objetivo los desplazan a lugares más propicios.

Añade el Tribunal que, aunque concediésemos la posibilidad de un delito de robo de uso (por cierto, con penalidad equiparable), que estaría en concurso medial en esos concretos sucesos posteriores (daños), nada impide *in casu* agrupar esa acción previa y preparatoria en la misma y única continuidad delictiva: se trata de delitos patrimoniales.

b) Previsión atenuatoria en el delito de incendio del art. 351.1 CP

Solicitó el recurrente la rebaja en un grado de la pena impuesta por la condena basada en el art. 351.1 CP por la menor entidad del peligro.

La Sala comparte el argumento del recurrente. Es verdad que se apreció peligro para las personas y también lo fue que fueron hechos graves. Pero la pena señalada -diez a veinte años- es alta; muy elevada para algunos supuestos encajables en el precepto. Eso justifica que el legislador haya introducido una cláusula atenuatoria en el inciso final del art. 351.1 facultando al Tribunal para rebajar un grado la pena "atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho".

En el caso que nos ocupa, el fuego se produjo en un lugar -garaje- donde se hacía más dificultosa la propagación a espacios habitados o habitables, no se llegó a producir lesión alguna, no afectó a zonas diferentes del propio garaje, la evacuación se prolongó apenas una hora... Estimó el Tribunal por ello más acorde con la legalidad hacer uso de esa facultad moderadora que se presentó como procedente.

3. Recurso de Leandro. Derecho al entorno virtual. Incompatibilidad de las defensas

a) Incautación de teléfonos. Derecho al entorno virtual

b) Incompatibilidad de las defensas

Motivos resueltos por el Tribunal por remisión a lo ya decidido en el recurso planteado por Flor.

4. Recurso del Ministerio Fiscal. Autoría o complicidad

a) Procede convertir la participación de Flor y Gracia en autoría

El Fiscal quiso convertir la participación de las condenadas Flor y Gracia en coautoría o, al menos cooperación necesaria.

En cuanto a Gracia, dice el hecho probado: "Entre las 02:00 y las 04:00 de la madrugada del día 19 de julio de 2018, los acusados Leandro y Gracia accedieron , por un hueco efectuado en el vallado perimetral de alambre, a una obra en el BARRIO000 de Logroño y después abriendo la puerta a la caseta de los vigilantes, donde, de la mochila del propietario, D. Ezequiel, Leandro sustrajo las llaves del vehículo de la marca Peugeot, modelo 208, matrícula NUM019, probando en los vehículos estacionados en la zona hasta que dieron con el vehículo al que correspondían las llaves, estacionado en la CALLE010, subiendo ambos al vehículo, desplazándose con él por la ciudad, hasta que decidieron dejarlo estacionado. Al día siguiente, Leandro, volvió al lugar donde había dejado estacionado el vehículo, y con él fue a buscar a Gracia, y ambos, acompañados de Salvador ("Sergio") se desplazaron en el mismo al Monte Cantabria, circulando en el vehículo, al que causaron daños que determinaron su consideración como siniestro total, hasta que se quedó atrapado en un charco de lodo, abandonando los ocupantes el lugar".

Señala el Tribunal Supremo que, en el caso de Gracia, nos encontraríamos ante una coautoría al menos adhesiva o sucesiva, en cuanto que Gracia, en todo caso, se habría sumado al propósito criminal manifestado por Leandro, siguiendo el actuar delictivo de aquel tanto desde la entrada al lugar de los hechos como cuando una vez en su interior se apodera de las llaves y abandonan el lugar a bordo de este, volviéndolo a utilizar al día siguiente para dejarlo totalmente destrozado. Resulta

evidente que la acusada Gracia, aunque se hubiera podido ver sorprendida por la conducta de Leandro al inicio de la actuación delictiva, se suma a ella y se mantiene en tal postura hasta que el vehículo resulta totalmente destrozado y es abandonado por ellos. El comportamiento es asumido como propio por Gracia. Es una actuación conjunta asumida por todos los intervinientes.

El motivo alegado por el Ministerio Público fue atendido, considerando a Gracia autora de un delito de robo con fuerza en las cosas de los art. 237 a 240.1 CP.

En lo que respecta a Flor, la misma tuvo intervención en cinco sucesos, atribuyéndosele en cada caso un rol de acompañante y de vigilancia pasiva. Aunque tal rol, en lo externo, puede ser calificado como secundario, dice el Tribunal Supremo que no fue expresión de quien se limita a prestar un auxilio prescindible a un comportamiento ajeno; fueron acciones realizadas conjuntamente y asumidas por todos como propias, aunque lógicamente no todos despliegan la misma conducta. Estimó pues la Sala el motivo, modificando el título de participación de Flor, considerando a la misma autora del delito continuado de daños mediante incendio del art. 266.1 del CP, además del resto de delitos por los que ya había sido condenada.

V. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de análisis nos ha proporcionado una abundante doctrina jurisprudencial, de la cual procede resaltar, en forma resumida la siguiente:

- 1º.** El tenor del art. 893 bis a) de la LECRIM no hace imperativa la celebración de vista, según interpretación tanto de la Sala como del Tribunal Constitucional, siendo la petición vinculante sólo cuando es compartida por todas las partes.

Este criterio, ya consolidado en la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, ha sido recientemente aplicado en la sentencia 956/23, de 21 de diciembre, en la que se dice que la celebración de la vista en casación solo es obligatoria cuando se enjuicia una de las infracciones penales en que viene impuesto legalmente ese trámite sin requisitos adicionales; o cuando, tratándose de un delito castigado con pena superior a seis años, lo solicitan todas las partes. No basta la petición solitaria de un recurrente o alguna de las partes.

De modo que la entidad de la pena no determina por sí sola la obligatoriedad de vista. El tenor del art. 893 bis a) LECrim no hace imperativa su celebración en este supuesto según interpretación tanto de

esta Sala como del Tribunal Constitucional: la petición solo es vinculante cuando es compartida por todas las partes (ATC 588/1995, de 27 de marzo y SSTs 429/2015, de 9 de julio, 734/2015, de 3 de noviembre, 80/2017, de 10 de febrero y 671/2022, de 7 de julio, por citar solo algunas)

2º. Las pretensiones no hechas valer en apelación constituyen una cuestión nueva en casación, un *alegatum per saltum*, que no son admisibles.

Es reiterada doctrina de la Sala, entre otras puede consultarse la STS nº 293/2007 la que señala que la impugnación de una determinada sentencia únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron ya planteadas en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el Tribunal que conoció del asunto en segunda instancia no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección.

3º. El examen de mensajes de móvil ya emitidos y remitidos no afecta al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad, y más concretamente, al derecho al entorno virtual.

Este derecho al entorno virtual ha sido considerado por el TS como un derecho de nueva generación junto al derecho a la autodeterminación informativa (STS 197/21 de 4 de marzo).

4º. La incompatibilidad de las defensas ha de valorarse en concreto, no en abstracto.

Sobre este particular, escasamente tratado por la jurisprudencia menor, tuvo ocasión de manifestarse el TS en la sentencia que analizamos, sentando doctrina al respecto.

5º. El delito de incendio del art. 351 del CP es un delito de peligro hipotético.

Así, nos dice la STS de 17 de junio de 2020 que en el delito de incendio del artículo 351 CP, "para la identificación de lo penalmente relevante partimos de la consideración del tipo penal como delito de peligro hipotético o presunto. Esta consideración implica, por un lado, que no se requiere verificar si el peligro alcanza a personas concretas en tiempo y lugar determinado, pues no se trata de un delito de peligro concreto. Por otro lado, no se exige una prueba de la potencialidad peligrosa que se presume por el legislador cuando se lleva a cabo el comportamiento incendiario, en el caso de una

vivienda ocupada por varias familias constituyendo una situación peligrosa para los moradores de las viviendas. Por último, la presunción de peligro ante la situación de incendio puede ser objeto de prueba que la excluya lo que no se ha practicado en la causa. Por otra parte, el sentido de la palabra peligro ha de identificarse, según define la RAE con situación en la que existe la posibilidad, amenaza u ocasión de que ocurra una desgracia o un contratiempo". En similar sentido expresa el ATS de 16 de enero de 2020.

El ATS de 13 de junio de 2019 define los elementos del tipo penal comentado señalando que: "el delito de incendio previsto en el artículo 351 del Código Penal, se caracteriza por un elemento objetivo, consistente en la acción de aplicar fuego a una zona espacial, que comporta la creación de un peligro para la vida e integridad física de las personas, y por un elemento subjetivo, que estriba en el propósito de hacer arder dicha zona espacial, y en la conciencia del peligro para la vida y para la integridad física de las personas originado. Las SSTS 1284/1998, de 31 de octubre, 1457/1999, de 2 de noviembre y 1208/2000, de 7 de julio, han entendido que los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal del artículo 351 del Código Penal son tanto el patrimonio de las personas, como la vida e integridad física de las mismas, y han considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el artículo 351 del Código Penal, no es el necesario y concreto, exigido en cambio para el delito de estragos en el artículo 346 del Código Penal, sino el potencial o abstracto. Según se argumenta en la STS 1457/1999, la consideración de delito de riesgo abstracto se ha acentuado en la medida en que en el inciso segundo del artículo 351 se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor.

La STS 969/2004, de 29 de julio, añade que, desde el punto de vista del tipo subjetivo, se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro que para la vida o integridad física de las personas ello comporta, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Ahora bien, debemos tener en cuenta, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro.

El tipo del artículo 351 ha sido calificado como según las SSTS de 13 de marzo de 2000 y las nº 969/2004 de 29 de julio, la nº 381/2001 de 13 de marzo y la nº 932/2005 de 14 de julio: "...de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto

que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado, consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas" (STS 13.3.2000).

Finalmente, también es de destacar, según deriva de la ubicación sistemática en el Código Penal, que el bien jurídico protegido no lo es ya el patrimonio sino la seguridad general y solo incidentalmente la propiedad (SSTS núms. 1284/98 de 31 de octubre, 1457/99 de 2 de noviembre y 1208/2000 de 7 de julio y la de 7 de octubre de 2003).

6º. La prosperabilidad del recurso sobre la base del art. 849.2º de la LECRIM exige que el órgano judicial colegiado haya hecho caso omiso de un documento indiscutible que sea literosuficiente.

Sobre la literosuficiencia relevar la STS 916/2023, de 14 de diciembre en la cual se dice que presentará tal cualidad el documento cuya lectura conduzca de forma inequívoca a la conclusión de que el Tribunal haya valorado erróneamente la prueba, teniendo aptitud suficiente para modificar el fallo.

7º. La contestación por remisión a otros recursos es admitida y utilizada por el Tribunal Supremo.

Técnica resolutive habitualmente empleada por el Alto Tribunal; véase por ejemplo la reciente sentencia 352/2021, de 29 de abril.

8º. El ánimo de lucro es consustancial al delito de robo.

Así el TS lo ha calificado como elemento delimitador (ATS 1.185/2018 de 13 de septiembre), requisito imprescindible (ATS 1.662/2016 de 10 de noviembre) o requisito subjetivo (STS 1421/2004 de 2 de diciembre). Y desde la finalidad económica con que fue configurado en un principio, el concepto se ha ensanchado, hasta reconocer ahora el TS, que el ánimo de lucro es la intención de obtener cualquier tipo de enriquecimiento patrimonial, ventaja, provecho o beneficio (STS 221/2024 de 7 de marzo).

9º. La menor entidad del peligro en los incendios del art. 351.1 del CP atraerá la previsión atenuatoria de rebaja en grado.

Sobre esta atenuación la STS 505/2015, de 20 de julio señala que: "En los casos en que la entidad del peligro (para la vida o integridad física de las personas) sea menor, atendidas las demás circunstancias del hecho, se concede a los Jueces o Tribunales la facultad de imponer la pena inferior

en grado a la prevista en el inciso primero del artículo citado -351 CP-. La menor entidad tiene un alcance esencialmente objetivo y debe indagarse a la vista de las circunstancias presentes teniendo en cuenta singularmente la intensidad del riesgo de propagación y consiguiente peligro para la vida o integridad física de las personas, siendo ello consecuencia de los medios empleados para causarlo, lugar de aplicación de estos, incluso naturaleza de los materiales (STS. 932/2005 de 14.7).

Pues bien, la doctrina entiende que "en los casos evidentes, absolutamente contrastados por consignarse en el *factum* de la sentencia datos merecedores de la aplicación del subtipo atenuado, se excluye el arbitrio y son revisables en casación".

- 10º.** La suma de los participantes a los propósitos criminales del grupo lleva a entender la acción de todos, aun cuando unas puedan parecer menos relevantes que otras, a considerar que son acciones realizadas conjuntamente y asumidas por todos como propias; debiendo responder todos en concepto de autores.

Recientemente nuestro TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la coautoría, resumiendo su ya consolidada doctrina. Así la sentencia 66/2024 de 24 de enero, en la que se dice: "Existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Significa esto que para que pueda hablarse de coautoría se precisa la concurrencia de dos elementos: i). - Un elemento subjetivo que se traduce en la existencia de una decisión conjunta, es decir, un acuerdo de voluntades o dolo compartido dirigido a una misma finalidad. Decisión conjunta que puede ser tanto previa a la acción, con o sin reparto expreso de papeles (coautoría previa) como simultánea a la ejecución (coautoría adhesiva), admitiéndose también la llamada coautoría sucesiva en los casos en que alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro con el fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este. Habiendo precisado también el TS (ej. SSTS 14/07/2010 y 575/2012) que esa decisión conjunta o *pactum scaeleris* puede ser tanto expresa como tácita, evidenciándose esta última en los concluyentes actos de aportación efectuados a la ejecución del hecho como es el caso del que realiza funciones decisivas de espera y cobertura en el exterior del inmueble en el que el coautor lleva a cabo materialmente el hecho delictivo. ii).- Un elemento objetivo, que viene constituido por la necesidad de que todos los coautores efectúen una aportación esencial para la realización conjunta del hecho en su fase de ejecución que aunque no tiene por qué traducirse en la realización de actos integradores de la conducta nuclear del tipo delictivo, (por ejemplo, en un homicidio no es preciso que cada coautor participe materialmente en la agresión

letal), sí que requiere que todos los coautores tengan dominio o condominio del hecho, que podrá ser funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes pero siempre con ese dominio de la acción característico de la autoría”.

En definitiva, como aclara esta jurisprudencia, la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho. De ahí que de ese hecho criminal no deba responder sólo el que ejecuta materialmente la acción típica sino todos los que participan con actos esenciales a su realización dominando de forma conjunta ese hecho.

Se produce, pues, en estos casos una imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado como consecuencia de ese común acuerdo. Y esta imputación recíproca justifica, a su vez, la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible. Se trata de hipótesis, conocidas jurisprudencialmente como teoría de las desviaciones previsibles, en las que habiendo existido un previo concierto para llevar a cabo un delito (por ejemplo robo con violencia o intimidación) que no excluya a priori todo riesgo para la vida o la integridad corporal de personas, aunque sólo algunos de los partícipes sean los que materialmente ejecuten esos resultados de muerte o lesiones, no expresamente pactados pero tampoco excluidos del previo concierto, todos los demás partícipes no ejecutores responden también conjuntamente de los mismos al situarse su culpabilidad en, al menos, el plano del dolo eventual, siempre que, naturalmente esas desviaciones del plan inicial tenga lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos.

APLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ART. 177 BIS.11 DEL CÓDIGO PENAL EN SUPUESTO DE DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA (STS, SALA 2ª, NÚM. 960/2023, DE 21 DE DICIEMBRE)

Encarnación Martínez Rodríguez

Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía Superior de Andalucía. Doctora en Derecho. Profesora de Universidad

SUMARIO: I. Introducción. II. Relato de hechos. III. Motivos del recurso de casación. IV. Planteamiento STS 960/2023, de 21 de diciembre. V. Conclusiones. VI. Jurisprudencia

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo vamos a analizar la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con la aplicación o no, a la persona víctima de trata de seres humanos que es acusada de delito contra la salud pública, de la excusa absolutoria para el delito de trata de seres humanos prevista en el artículo 177 bis Código Penal, apartado 11 (STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre). El objeto de debate se centra en analizar y concretar, si a la víctima de delito de trata, que es acusada de delito contra la salud pública, se le puede aplicar la excusa absolutoria mencionada, al no concurrir en este caso la nota de permanencia en la trata.

II. RELATO DE HECHOS

La **STS 960/2023, de 21 de diciembre**, resuelve el recurso de casación por infracción de Ley núm. 7441/2021 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 2 de noviembre de 2021, dictada en el Rollo de Apelación nº 60/2021, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 22 de junio de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala 35/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Prat de Llobregat.

1. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, contiene los siguientes hechos probados:

1º. Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14.15 horas, la acusada Natividad, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 13/08/2019 (privada de libertad desde el 11 de agosto de

2019) y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona, en un vuelo procedente de Lima (Perú), albergando en el interior de su organismo un total de 25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10% destinada al posterior tráfico. El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo. El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esa fecha habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

2º. La acusada fue captada por organización delictiva dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad, en el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en, un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto. a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la. organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las bolas en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada a su destino la estaría esperando una persona¹.

La Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a Natividad del delito contra la salud pública del que venía siendo acusada en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables, incluidas todas las medidas cautelares que habían sido acordadas en su contra y declaración de oficio de las costas causadas. Así mismo, decretó el comiso de la sustancia intervenida acordando darle el destino legal correspondiente. También acuerda la devolución del dinero y objetos intervenidos a la acusada Natividad, una vez firme la sentencia absolutoria y salvo que proceda destinarla a las resultas del proceso.

2. Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, dictándose por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sentencia con fecha de 2

¹ SAP de Barcelona, Sección Tercera, de 22 de junio de 2020 (Rollo de Sala 35/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Prat de Llobregat).

de noviembre de 2021, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la resolución recurrida.² Contra dicha sentencia el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación.

III. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El recurrente alega un motivo de casación:

- Primero y único, por infracción de Ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 177 bis.11 del C. Penal y correlativa e indebida no aplicación del art. 368 del C. Penal.

El motivo de casación alegado por el recurrente quiere fundamentar que, no procede aplicación de la excusa absolutoria del art. 177 bis.11 del C. Penal, en virtud de la cual se acordó la absolución de Natividad por el delito contra la salud pública por el que se la acusaba, a los hechos probados contenidos en la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los que se contienen los elementos nucleares del delito de tráfico de drogas que venía sosteniendo la acusación pública, resultando procedente la debida aplicación, a los hechos declarados probados, del art. 368 del Código Penal por un delito contra la salud pública.

- **Instruida** la parte recurrida del recurso de casación presentado por el Ministerio Fiscal, interesa la inadmisión a trámite de este, y subsidiariamente su desestimación
- **En relación con el motivo de casación alegado la Sala Segunda del TS:** Estima el recurso del Ministerio Fiscal, con la argumentación que veremos a continuación.

IV. PLANTEAMIENTO STS 960/2023, DE 21 DE DICIEMBRE

El motivo del recurso de casación por infracción de Ley alegado por el recurrente, por el Ministerio Fiscal, lo formula (al amparo del artículo 849.1 de la LECrim.) al considerar que se ha producido una indebida aplicación del art. 177 bis.11 del Código Penal y correlativa e indebida no aplicación del art. 368³ del Código Penal.

² STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de noviembre de 2021 (Rollo de Apelación 60/2021).

³ Establece el artículo 368 del Código Penal: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno

Establece el art. 177 bis, apartado 11 del Código Penal que *sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.*

El Ministerio Fiscal mantiene que tomando en consideración los hechos probados en las sentencias dictadas, la recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la sentencia de instancia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona⁴, en los que se contienen los elementos del delito de tráfico de drogas objeto de acusación, no procede aplicar lo que a modo de excusa absolutoria se ha establecido para el delito de trata de seres humanos en el artículo 177 bis Código Penal, apartado 11.

Considera el Ministerio Fiscal que la tesis sentada por la sentencia recurrida se opone de manera abierta y frontal a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, en orden a admitir eximentes o atenuantes de estado de necesidad de tipo económico en el tráfico de drogas, que sería perfectamente trasladable a la excusa absolutoria aplicada, pues como el propio Tribunal Supremo ha venido afirmado en otras ocasiones, el tráfico de drogas entraña una gravedad extrema para la salud pública, de modo que este tipo de resortes solamente pueden aplicarse con carácter muy excepcional y cuando las circunstancias del caso lo exijan. Añade además el Ministerio Fiscal que, el mantenimiento de la tesis contenida en la resolución recurrida constituiría un factor de primer orden para potenciar el tráfico de drogas, pues los cárteles de la droga dejarían de utilizar sofisticados medios para el transporte de la sustancia estupefaciente, valiéndose de personas indigentes para el traslado de la misma, dado que su situación de precariedad les otorgaría una patente de corso para la comisión del delito, sin mayor riesgo que, en caso de ser descubiertos, pudieran perder "la mercancía"⁵.

a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

⁴ Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 2 de noviembre de 2021, y Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 22 de junio de 2020.

⁵ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 4.

Recuerda la Sala Segunda del TS que la última sentencia en que ha tratado la excusa absolutoria que analizamos es la STS 59/2023, de 6 de febrero, que a su vez se remite a las SSTS 146/2020 de 14 de mayo y 214/2017 de 29 de marzo⁶, y de tal doctrina resalta que el objetivo de dicha excusa absolutoria no es otro que sustraer a las víctimas de trata de seres humanos de la explotación que sufren, con el propósito de evitarles mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Ahora bien, dicha excusa absolutoria ha de incardinarse en la situación de explotación sufrida, en un escenario de aprovechamiento de la víctima por los tratantes, situación que no puede confundirse con un acto aislado de contribución delictiva, y siempre que su participación en las actividades delictivas, haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entredicha situación y el hecho criminal realizado. Dicho de otro modo, nuestra jurisprudencia ha analizado y aplicado tal excusa absolutoria en el marco de un delito de trata de seres humanos, pero no lo ha extendido, por lo menos hasta el presente, a situaciones que no están directamente conectadas con la investigación y represión de tal delito, no la ha extendido a otros delitos, que tienen sus propias reglas exonerativas o atenuatorias de la responsabilidad penal⁷.

La Sala pone de manifiesto, en primer lugar, que la causa judicial tramitada en estas actuaciones, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por delito contra la salud pública, consistente en el transporte en el interior del organismo de la acusada Natividad, a cambio de un precio y con destino a España, de un total de 25 preservativos que contenían cocaína con una pureza del 80%, con un peso neto total de 474,80 gramos, destinada al posterior tráfico, y que calculada por gramos habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito.

De la causa sólo resulta una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de la finalidad que es la comisión de un delito contra la salud pública. El núcleo del delito de trata es la sujeción a una organización y cierta permanencia, marco en el cual puede interpretarse la excusa absolutoria, la cual no puede interpretarse cuando la aportación consiste en un acto aislado, como ocurre en el presente caso. Aunque en los hechos probados se cita a una organización lo hace sin identificación alguna, pero si resulta de los mismos un encargo de tercero (que puede estar

⁶ STS, Sala 2ª, núm. 214/2017, de 29 de marzo, establece: "El apartado 11 del artículo 177 bis CP traslada al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26º de la Convención de Varsovia (conforme a dicha Convención las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello).

⁷ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 4 y 5.

organizado) a la acusada para el traslado de la cocaína a nuestro país. La realidad demuestra que las redes del narco encargan a personas necesitadas el cometido de trasladar droga en vuelos internacionales, y que los transportistas de sustancias estupefacientes, particularmente cuando lo hacen en su propio cuerpo, son personas muy económicamente desfavorecidas que se ven compelidas a causa de tal situación a aceptar tal encargo.

En nuestro caso Natividad no ha sido captada con vocación de sumisión para sucesivos transportes, o para su explotación personal, sino que sólo vemos un acto ocasional, de transporte de droga, mediante precio, aceptado por la acusada, con el consiguiente riesgo de ser imputada por un grave delito. Ahora bien, las condiciones en que la acusada ha cometido el delito mediante precio no han sido enteramente libres dada la situación de necesidad en la que se encontraba⁸.

Considera la Sala que, al no tratarse de un asunto de trata de seres humanos, el cuadro de causas excluyentes de la responsabilidad penal debe corresponderse con la herramienta general dibujada por el Código Penal, en función de las condiciones que se describen en el *factum*, incluso del propio estado de necesidad. Y que el mecanismo aplicado en la sentencia recurrida está pensado para una situación de trata de seres humanos, entendiéndose por tal delito aquel que exige una situación más o menos prolongada en el tiempo, pero no el acto aislado de aceptar llevar a cabo un viaje internacional para transportar en el organismo de la acusada cocaína, a cambio de 4.000 euros. De modo que el Código Penal prevé para estos casos, como el enjuiciado, en el que una persona, a causa de su penuria económica y sus condiciones personales, se encuentra inducida a llevar a cabo la infracción del tipo penal, de la que es perfectamente conocedora (la sentencia recurrida entiende que no se puede hablar de falta de dolo, porque la acusada era perfectamente conocedora del traslado de droga a instancias de terceros que iba a llevar a cabo), resortes exonerativos del estado de necesidad, analizando si concurre tal eximente como completa o como incompleta⁹.

En segundo lugar, considera la Sala que la aplicación de la excusa absolutoria que analizamos (art. 177 bis.11 del Código Penal), debe enmarcarse en el contexto de un delito de trata de seres humanos, que aquí no concurre; y añade que, trata y comportamiento penal aislado son dos comportamientos incompatibles¹⁰.

⁸ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 5.

⁹ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 5 y 6.

¹⁰ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 6.

En tercer y cuarto lugar, de operar como lo hace la sentencia recurrida, sobraría el estado de necesidad, pues la aplicación general del art. 177 bis.11 del Código Penal, sería tan expansiva que dejaría de estar limitada al marco para el cual fue diseñado, desplazando otros instrumentos legales. La aplicación de la excusa absolutoria que contiene dicho precepto ni se corresponde con la situación analizada por la sentencia recurrida, que lo es un acto esporádico, ni por el marco del delito enjuiciado, que lo es contra la salud pública, ni se apoya en mecanismo jurídico alguno que permita su expansión analógica.

Y, en quinto lugar, como señala la Sala, y como manifiesta el Ministerio Fiscal, bastaría con reclutar personas intensamente necesitadas en el lugar de origen del viaje, o bien contratar a indigentes, para tener asegurada la impunidad. En ese caso, el riesgo del transporte es cero, pues de ser interceptados policialmente no podría imponerse sanción alguna. La realidad nos demuestra que nos encontramos con una actividad de transporte de droga mediante vuelos internacionales, que se traducen en un acto de ofrecimiento a una persona necesitada, que acepta el encargo mediante precio, sabiendo que corre un riesgo cierto en tal comportamiento delictivo. La acusada conocía perfectamente los pormenores del acuerdo económico ofrecido por tal red del narco en su país. No es, por consiguiente, una explotación, caracterizada por su duración temporal, más o menos larga, es un acto esporádico, que es un acto de participación delictiva, de modo que el espacio para analizar estos hechos es la propia eximente de estado de necesidad, propuesta por la defensa, y que el Tribunal sentenciador no analizó ante la estimación de tal resorte de exoneración de la responsabilidad criminal¹¹.

La sentencia núm. 960/2023 dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo **estimó el recurso de casación** planteado, casando y anulando en la parte afectada la resolución recurrida, ordenando la devolución de la causa al Tribunal Superior de Justicia, y por éste, a la Audiencia Provincial de procedencia, Audiencia Provincial de Barcelona Sección 3ª, para que se analice en dicho órgano jurisdiccional el resto de las alegaciones propuestas por la defensa, que al haber aplicado la excusa absolutoria sin entrar a analizar tras alegaciones de la defensa (el estado de necesidad) lo haga. No es aplicable la excusa absolutoria, aunque sí podría ser aplicable el estado de necesidad y devuelve la sentencia a la Audiencia. Pero esta resolución no goza de la unanimidad del Tribunal, cuenta con

¹¹ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 6.

el **voto particular** de un magistrado ¹² que considera que el recurso debería haber sido desestimatorio y, por tanto, debería haberse decretado la confirmación de la resolución recurrida.

En esencia el magistrado entiende que los hechos probados de la sentencia permiten identificar con extremada claridad que la Sra. Natividad cometió el delito contra la salud pública como consecuencia directa de la explotación a la que, como víctima de trata de seres humanos, estaba sometida. Los hechos probados no dejan la más mínima duda sobre la muy marcada vulnerabilidad de Natividad. Sus circunstancias sociales y personales, su edad (21 años), su condición de madre primeriza de un hijo prematuro que contaba con cuatro meses de edad al tiempo de los hechos, sin trabajo, residiendo en los arrabales de Lima, en una vivienda precaria con problemas de habitabilidad, junto a su madre (la única que aportaba algunos recursos para la subsistencia), dos hermanos (uno de ellos con discapacidad) y otras dos personas, permiten calificar su situación como de extrema vulnerabilidad que debilitaba intensamente su capacidad para activar estrategias eficaces de autoprotección contra los actos de trata a los que fue sometida. Tales hechos identifican la nota constitutiva de la situación de explotación por trata como lo es el control sobre la propia víctima. así: *La víctima fue conducida el mismo día 8 o, a lo sumo, el 9 de agosto a un establecimiento (sic), después de dejar a su bebé de apenas cuatro meses con una amiga, donde le hacen ingerir medicamentos destinados a la limpieza gástrica para, posteriormente, introducirle 28 condones por la boca conteniendo 485 gramos de cocaína con un 80 % de pureza base. Mientras tanto, le tramitan la obtención del pasaporte para, casi, sin solución de continuidad, conducirla al aeropuerto de El Callao donde le entregan, antes de embarcar en el avión 250 euros en metálico, un papel con la dirección de un hostel en Barcelona y la indicación de que una persona le estará esperando a su llegada al aeropuerto de El Prat... La desplazaron, la desarraigaron, cosificaron su cuerpo, sometiéndola a un altísimo riesgo para su vida, bajo la promesa de una retribución miserable de 4.000 euros por introducir en España una partida de 400 gramos de cocaína pura que alcanzaría un valor de 45.000 euros en el mercado ilícito. En este contexto, tanto el ofrecimiento de esa cantidad de dinero como su "aceptación" por parte de Natividad solo puede explicarse por una razón: el aprovechamiento por parte de los tratantes de una situación de extrema vulnerabilidad.*

El Magistrado que formula voto particular entiende que, hay en el caso, una impecable aplicación de la cláusula de no punición del art. 177 bis.11 del C. Penal que hizo la Audiencia Provincial y confirmó

¹² Ha emitido voto particular el Magistrado Javier Hernández García.

el Tribunal Superior de Justicia que se basa no solo en el hecho de que la Sra. Natividad fuera pobre y vulnerable, sino porque, abusando de dicha situación, fue salvajemente cosificada y sometida a un férreo control con la finalidad de que cometiera el delito planeado por los tratantes¹³.

V. CONCLUSIONES

- 1º.** La excusa absolutoria del art. 177 bis.11 del Código Penal es aplicable a la víctima de trata de seres humanos, que ha de incardinarse en una situación de explotación sufrida y en un escenario de aprovechamiento de la víctima por los tratantes, y siempre que su participación en las actividades delictivas, haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.
- 2º.** La Jurisprudencia ha aplicado tal excusa absolutoria en el marco de un delito de trata de seres humanos, pero hasta ahora no lo ha extendido a situaciones que no están directamente conectadas con la investigación y represión de tal delito, o sea, no la ha extendido a otros delitos.
- 3º.** La sentencia que estudiamos dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo deja claro que el núcleo del delito de trata es la sujeción a una organización y cierta permanencia, marco en el cual puede interpretarse la excusa absolutoria, la cual no puede interpretarse cuando la aportación consiste en un acto aislado.
- 4º.** La causa judicial tramitada en estas actuaciones, no se ha seguido por delito de trata de seres humanos, sino por delito contra la salud pública, consistente en el transporte de cocaína en el interior del organismo de la acusada Natividad, a cambio de un precio y con destino a España, resultando de la causa una aportación aislada y esporádica de la acusada a la contribución de la comisión de un delito contrala salud pública. La aportación de la acusada consistente en un acto aislado impide la interpretación de la excusa absolutoria del art. 177 bis.11 del C. Penal en el delito contra la salud pública por el que es acusada.

¹³ STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021), p. 14.

- 5º. En la causa judicial tramitada en estas actuaciones no se ha acreditado la existencia de una organización a la que la acusada se hallare sometida, y aunque en los hechos probados se cita a una organización lo hace sin identificación alguna, lo que también impide la interpretación de la excusa absolutoria objeto de estudio en el delito contra la salud pública objeto de acusación. Natividad no ha sido captada con vocación de sumisión para sucesivos transportes, o para su explotación personal, sino sólo para un acto ocasional.
- 6º. Considera la Sala que, no nos encontramos en la causa con un asunto de trata de seres humanos (conforme se ha puesto de manifiesto en las conclusiones anteriores) por lo que no resulta de aplicación la excusa absolutoria prevista para la trata, sino que estamos ante un delito contra la salud pública como consecuencia del acto aislado realizado por la acusada consistente en aceptar llevar a cabo un viaje internacional para transportar en su organismo droga, a cambio de precio, que a causa de su penuria económica y sus condiciones personales, se encuentra inducida a llevar a cabo la infracción del tipo penal, de la que es conocedora, previendo el Código Penal para estos casos de “mecanismos exonerativos del estado de necesidad”, analizando si concurre tal eximente como completa o como incompleta.
- 7º. En definitiva, la aplicación de la excusa absolutoria que analizamos del art. 177 bis.11 del Código Penal debe enmarcarse en el contexto de un delito de trata de seres humanos, que aquí no concurre.

VI. JURISPRUDENCIA

SAP de Barcelona, Sección Tercera, de 22 de junio de 2020 (Rollo de Sala 35/2020, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Prat de Llobregat).

STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de noviembre de 2021 (Rollo de Apelación 60/2021).

STS, Sala 2ª, núm. 960/2023, de 21 de diciembre (Rc 7441/2021).

STS, Sala de lo Penal, núm. 214/2017, de 29 de marzo

Doctrina Penal

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL ARTÍCULO 80.5 DEL CÓDIGO PENAL

Ignacio Abad San Epifanio

Abogado adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

SUMARIO: I. Introducción. II. Las distintas redacciones del precepto y su influencia en la concepción causal. III. Finalidad y fundamentos de la medida. IV. La causalidad requerida en el 80.5. Posturas doctrinales. V. La naturaleza de esta relación de causalidad. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía y jurisprudencia

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza determinadas cuestiones en relación a la causalidad exigida en el artículo 80.5 del Código Penal español.

II. LAS DISTINTAS REDACCIONES DEL PRECEPTO Y SU INFLUENCIA EN LA CONCEPCIÓN CAUSAL

Si bien la institución de la condena condicional se acogió en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley de 17 de marzo de 1908 como instrumento para descongestionar prisiones¹, la suspensión en relación a drogodependientes no tuvo su primera aparición hasta la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo, de Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas, que incluyó el nuevo artículo 93 bis que utilizaba la expresión *que hubieren cometido el hecho delictivo por motivo de su dependencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas siempre que se den las siguientes circunstancias (...)*

Esta parca redacción, que no incluía el alcohol y que no hacía referencia expresa a concepto causal se veía complementada con el preámbulo de la Ley Orgánica, que incidía en un tipo de delincuencia

¹ MIR PUIG, C. El sistema de penas y su medición en la Reforma Penal, Editorial Librería Boch 1986, pág. 213.

funcional, por cuanto la expresión de *comisión de algún hecho delictivo como medio de subvenir a su situación de tóxico-dependencia*² parecía delimitar la tipología delictiva a la que iba dirigida, esto es, la de carácter patrimonial³ o bien delitos contra la salud pública cometidos por toxicómanos para procurarse sustancia.

Fue con el Código Penal de 1995, en respuesta a la práctica inaplicabilidad de la suspensión de la pena por las rígidas exigencias del anterior precepto y la negativa crítica prácticamente unánime⁴, cuando el nuevo precepto, el artículo 87, flexibilizó la medida. La nueva redacción, con la expresión *a causa* fue criticada por algunos autores, como Jacobo Barja de Quiroga quien manifestó que la cuestión no podía estar redactada en términos menos técnicos⁵.

Dos fueron las modificaciones introducidas con relevancia para el presente estudio. La primera, la sustitución de la expresión *con motivo de* por la de *a causa de* y, en segundo lugar, la remisión a las sustancias mencionadas en el artículo 20.2, que conllevó la inclusión de bebidas alcohólicas y de *otras que produzcan análogos efectos*.

La modificación terminológica fue controvertida en cuanto a sus efectos pues mientras algunos autores dieron relevancia a la misma, como fue el caso de Herrero Albedo⁶, quien manifestó que la modificación terminológica había de interpretarse en el sentido de que entonces ya no era necesario que la drogodependencia incidiera en el hecho delictivo como eximente incompleta o como atenuante, sino que era suficiente con que la droga fuera el motivo del hecho delictivo, sin necesidad de afectación de la imputabilidad del reo, otros autores como Rafael Alcácer Guirado la consideraron una modificación puramente estilística.

² Objeto de duras críticas doctrinales por las limitaciones que ofrecía este régimen. QUINTERO OLIVARES. Comentarios al Código Penal Español. 7ª Edición. Thomson Reuters Aranzadi. 2016.

³ Actualmente, el 70% de los delitos cometidos por los beneficiados por la suspensión, son contra la propiedad, 9,4% contra las personas, 1,9% contra la salud pública, 8,8% otra tipología delictiva o concretada y 10% no consta. SAN JUAN GUILLÉN C., VOZMEDIANO SANZ L. GERMÁN MANCEBO I. Estudio cuantitativo sobre la aplicación de la suspensión de la pena de prisión para drogodependientes del artículo 87 del Código penal: Datos de los juzgados.

⁴ TOSCANO TINOCO. Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Comares. 2018.

⁵ BARJA DE QUIROGA. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Thomson Reuters. 2018.

⁶ HERRERO ALBEDO. La suspensión de la pena privativa de libertad. Estudio del artículo 87 del Código Penal. Revista penal, Nº 9, 2002, págs. 27-41.

La parca redacción y el vaivén legislativo en cuanto al nexo requerido entre la drogodependencia y la conducta delictiva delataban la dificultad por parte del legislador de expresar los términos con los que determinar la relación causal que buscaba la suspensión, o al menos la poca claridad finalística con la que se redactó el precepto, pues del *con motivo de* se pasa a *a causa de*, sin obviar otras propuestas⁷ alternativas en fase de proyecto como fueron las expresiones *por razón de su dependencia* o *bajo los efectos*⁸, que dieron muestra también, por la diferente clase de relación propuesta de que la razón ontológica de la suspensión extraordinaria no era del todo clara, generando dudas acerca de si la suspensión se daba por una alteración de las facultades intelectivas o volitivas o bien por razón de subvenir a sus necesidades de consumo o en el seno de una realidad tintada por la drogodependencia o incluso podría fundamentarse en un fundamento pietista.

A nuestro juicio, sin la orientación teleológica de una expresión similar a la operante en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de 1988 y con la modificación terminológica, la aplicación de la suspensión quedaba abierta a otros supuestos delictivos desmarcados de la funcionalidad. Nos mostramos de acuerdo con López Barja en cuanto a la falta de técnica legislativa y exponemos las consecuencias prácticas de este defecto; descargar el perfilado de la cuestión de la causalidad, así como del tipo de delincuencia acreedora de la suspensión al trabajo del juzgador y a las propuestas doctrinales, dejando la puerta abierta a un amplio margen de discrecionalidad a la jurisprudencia menor.

III. FINALIDAD Y FUNDAMENTOS DE LA MEDIDA

A primera vista son varias las finalidades a las que puede obedecer la suspensión estudiada, como acabar mediante el correspondiente tratamiento de deshabituación con el efecto criminógeno que supone la dependencia a las referidas sustancias así como evitar que los toxicómanos ingresen en prisión, donde puede que la situación de drogodependencia se mantenga o vaya a peor y, mediante

⁷ BARJA DE QUIROGA. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Thomson Reuters. 2018.

⁸ Como alternativa a dicha expresión, y dado que la prueba de los motivos resulta difícilmente apreciable por un tribunal, la enmienda núm. 8 del Grupo Mixto (Sr. Luis Mardones) al PCP del 92 propuso su sustitución por la expresión *bajo los efectos*. Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma. LEÓN VILLALBA. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 47, Fasc/Mes 3, 1994, págs. 115-154.

el correspondiente a tratamiento de deshabituación traer de nuevo a una persona a la dinámica social y apartarla de la delictiva.

La Jurisprudencia también se manifiesta en este sentido al disponer que (...) *resulta prioritario actuar sobre la causa oculta -la drogodependencia- que sobre su exteriorización -la comisión de delitos- y que por ello la respuesta que pueda facilitar el sistema de justicia penal son preferibles aquellas que tiende a facilitar el abandono del consumo de drogas* (STS 232/2000, de 18 de febrero, Sala segunda, de lo Penal) o bien refiere la ventaja de incidir sobre la toxicomanía de la que la actividad delictiva es efecto frente a sólo sancionar esta (STS 121/2006, de 7 de febrero, Sala segunda, de lo Penal).

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 222/2007 de 8 de octubre afirma que a la finalidad genérica de la rehabilitación se une la de que los drogodependientes reciban un tratamiento que permita emanciparse de la adicción con carácter preferente a un contraproducente ingreso en prisión.

La doctrina en general defiende también el efecto preventivo especial de la medida, pues el sometimiento al tratamiento y el condicionamiento que supone su seguimiento y conclusión, suponen una retribución justa al delito y una respuesta normativa al mismo⁹, mientras otros autores mencionan un aire pietista en la medida, como Manzanares Samaniego, manifestando la contrariedad de esta finalidad a las necesidades de prevención general y la defensa social¹⁰.

IV. LA CAUSALIDAD REQUERIDA EN EL 80.5. POSTURAS DOCTRINALES

La redacción del apartado quinto del artículo 80 abre varias cuestiones, como es determinar la tipología de delincuencia a la que está dirigido. Esta puede clasificarse en los siguientes grupos¹¹:

El primero el de la **delincuencia inducida**, la originada por la intoxicación por consumo de drogas y derivada de sus efectos y que puede dar lugar a delitos violentos, contra la libertad sexual, orden

⁹ En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala Segunda 409/02 de 7 de marzo al afirmar que la posibilidad de la suspensión integra *una alternativa a la pena privativa de libertad capaz de suponer, al tiempo, una respuesta al hecho delictivo, siempre necesaria para afirmar la vigencia de la norma*.

¹⁰ Vid, PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas La Ley. 2009.

¹¹ Nos servimos de la clasificación constante en el trabajo Drogas, delincuencia y enfermedad mental, de Santiago Leganés Gómez. Revista Española de Drogodependencias.

público, seguridad del tráfico y en menor medida contra la propiedad, a excepción de daños por destrucción de bienes.

El segundo, la **delincuencia funcional**, que es la cometida por el drogodependiente con el fin de conseguir los recursos económicos para financiar el consumo de drogas y que depende de dos factores; el primero, el grado de dependencia física o psíquica, y el segundo la posibilidad de pagar la droga sin delinquir. Los delitos más comunes serían los delitos contra el patrimonio; robos con violencia, malversaciones, falsificación de recetas o cheques, tráfico de drogas a pequeña escala, tenencia ilícita de armas con objeto de atracos o contra el orden público al ser detenido.

Por último, la **delincuencia relacional**, que es la producida en torno al consumo y para facilitar el mismo, bien facilitando directa o indirectamente la droga o bien la obtención del dinero para conseguirla, como puede ser cultivo de sustancias, favorecimiento de consumo o receptación.

Un sector de la doctrina aboga por la aplicación tan solo a la delincuencia funcional¹² atendiendo únicamente a aquellos delitos que han servido como medio para la obtención de la sustancia. Conforme a este criterio, únicamente el delincuente toxicómano es el que podría beneficiarse de la suspensión. Aquel que roba, hurta o trafica para conseguir la próxima dosis y cuya adicción empuja a cometer el hecho delictivo por necesidad y para subvenir a la misma.

Ello supondría dejar de lado otros supuestos, como el del alcohólico, cuya realidad delictiva queda normalmente fuera de la delincuencia funcional, pero que es un sujeto que potencialmente puede cometer numerosos delitos, no sólo de carácter patrimonial, sino también de lesiones, contra la seguridad del tráfico, contra la libertad e integridad sexual, bien cuando se encuentre bajo la influencia de la bebida o bien en el marco de su realidad, siendo que el correspondiente tratamiento de deshabituación podría hacer desaparecer el factor criminógeno.

Por ello es necesario analizar si la suspensión se aplica tan sólo a aquellos que sienten una necesidad imperiosa de subvenir a la necesidad de consumo o considerar que la otra potencial delincuencia determinada por su dependencia, fuera del carácter patrimonial es también acreedora de esta suspensión extraordinaria. Para ello nos detenemos y analizamos las posturas doctrinales, siendo cuatro las tesis existentes a la hora de determinar la relación de causalidad: dos tesis restrictivas, una amplia o mixta y otra más amplia.

¹² ROMA VALDÉS, A. Código Penal comentado Bosch 2ª Edición.

Siguiendo el trabajo de Rafael Alcácer Guirao, la **tesis restrictiva** abogaría por que la suspensión se conceda únicamente cuando el sujeto se encontrara bajo los efectos de la correspondiente sustancia¹³, que podría verse respaldado por el hecho de que se excluyan otro tipo de adicciones, como el de las sustancias dopantes deportivas o la ludopatía por no afectar a las capacidades intelectivas o volitivas del sujeto¹⁴ y se haya ampliado el elenco de sustancias a otras cuyo precio en el mercado puede no ser elevado (como alcohol o fármacos legales), no siendo por tanto la mera condición de drogadicto suficiente. Existen incluso supuestos en los que, no existiendo vinculación con el consumo de drogas, pero existiendo una anomalía o alteración psíquica, se ha valorado la posibilidad de aplicar la condición de continuación del tratamiento médico (AAP Barcelona, sección 6, 649/05, de 14 de octubre¹⁵).

Esta tesis es contestada por otros autores. Lorca Navarrete señala que puede que el sujeto en el momento de los hechos no tenga mermadas sus facultades intelectivas y volitivas, no habiendo lugar, en tales casos, a apreciar circunstancia modificativa alguna, pese a lo cual el sujeto podrá padecer una dependencia tóxica e, incluso, puede que esta sea, en el fondo, la causa de la conducta delictiva. En estos casos pues, podría resultar injusta la inclusión del beneficio¹⁶.

Otra **tesis restrictiva** supondría la aplicación de la suspensión únicamente a los supuestos en que se ha delinquido como medio de subvenir a su situación de tóxico-dependencia y otra la **tesis mixta o interpretación amplia** con la inclusión de las anteriores, existiendo por último una interpretación **aún más amplia** para aquellos supuestos en que los delitos cometidos por el drogodependiente se den en el seno de una realidad de la que dicha situación forme parte, tesis defendida por González Zorrilla, aduciendo que sería la tesis más congruente con el propósito político criminal de evitar la

¹³ Sin embargo, Fernández del Torco Alonso y Sola Reche en su trabajo La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: aproximación a la reforma de 1988 en Poder Judicial nº. 15. 1989 consideran la interpretación restrictiva la que se aplica únicamente a quien trata de subvenir sus necesidades y viceversa.

¹⁴ URIARTE VALIENTE, L.M. La drogadicción como causa extraordinaria de suspensión de penas privativas de libertad, Estudios Jurídicos del Centro de Estudios Jurídicos (CEJ), 2015

¹⁵ Si bien este auto no concede la suspensión conforme al anterior artículo 87, sí conforme al antiguo 81, aboga por esta posibilidad de aplicación analógica: (...) *Por ello, lo que debería analizarse es si consta acreditado que, en relación con los hechos declarados probados en la Sentencia de la que trae causa la presente Ejecutoria, el condenado actuó, como exige el art. 87 CP, a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, o bien actuó en circunstancias análogas, que permitan la aplicación por analogía del art. 87 CP.*

¹⁶ TOSCANO TINOCO, JJ. Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Director: Antonio del Moral García. Coordinador: Rafael Escobar Jiménez. Editorial Comares. 2018.

entrada en prisión de los drogodependientes y con la necesidad de no aumentar la desigualdad social, manifestando este autor que la discriminación en la aplicación de la suspensión distinguiendo entre la figura del toxicómano-delincuente y la del delincuente toxicómano, perteneciendo el primero a estratos más desfavorecidos y el segundo a la clase media, vendría, si se buscara la aplicación de la suspensión solo a la delincuencia funcional, a consagrar mediante ley una violación del principio constitucional de igualdad ante la ley y contribuiría a agravar las condiciones sociales de los más débiles.

El parecer de la doctrina española mayoritaria es el de una interpretación extensiva de la relación de causalidad¹⁷, exigiendo la toxicomanía y que esta haya sido causa impulsiva, mediata o remota¹⁸ de la conducta delictiva. El parecer de los autores es que la interpretación restrictiva, la que incluye tan solo la comisión del delito en estado de intoxicación actual o bajo los efectos del síndrome de abstinencia restaría eficacia práctica a la institución, al no añadir ningún plus preventivo especial merecedor de un tratamiento privilegiado en la figura de la suspensión¹⁹.

La aplicación de la suspensión en delitos en los que concurre la drogodependencia con otros móviles, no exigiendo que se cometa exclusivamente a causa de la adicción, defendida por otros autores, así como la aplicación de la suspensión también a la denominada delincuencia relacional, es a nuestro parecer la tesis más indicada conforme a una interpretación teleológica de la norma, que conforme a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 es la de *favorecer la rehabilitación de aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de drogas, alcohol o sustancias psicotrópicas*.

También una visión a la realidad forense nos muestra que a efectos prácticos y según estudios estadísticos, la suspensión especial por drogodependencia se está aplicando a sujetos condenados por delitos contra las personas, como lesiones, malos tratos, quebrantamiento de medida y contra la

¹⁷ Ya incluso estando todavía vigente el artículo 93 bis, Fernández Del Torco Alonso/Solá Reche, en su trabajo La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: aproximación a la reforma de 1988 en Poder Judicial nº. 15. 1989 consideraban oportuna la concesión a aquellos a quien su situación de drogodependencia alteró en tal forma su entendimiento y voluntad que comete el hecho delictivo por tal motivo y en tal sentido, sin que este necesariamente hubiera sido medio de subvenir a su situación de drogodependencia.

¹⁸ PERIS RIERA, J. «Comentario al art. 87», en Comentarios al Código Penal, Tomo III, Madrid, 1999, p. 1161. Cobo del Rosal, Manuel (Dir.). Editorial Edersa.

¹⁹ SERRANO PASCUAL, M. (1999) Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español. Trivium, Madrid. 1999. Págs. 311 y ss.

seguridad del tráfico, que nada tienen que ver con una delincuencia funcional, si bien es cierto que el 70 por ciento de los delitos a los que se le aplica la suspensión lo son contra la propiedad y el 30 por ciento restante lo están repartidos entre los delitos contra las personas, 9,4 por ciento, contra la salud pública (que puede tener también relación funcional respecto a los cometidos por el traficante adicto)²⁰.

El concepto de toxicómano²¹ respaldaría esta tesis *más amplia*, pues sería aquella persona *cuya vida emotiva y práctica está completamente dominada por la necesidad del fármaco y de sus efectos, sufre desesperada necesidad de ingerir la sustancia y de procurársela a cualquier precio y experimenta un enorme debilitamiento de todos los demás intereses y ligámenes con la realidad de los otros*, siendo por tanto que la drogodependencia como factor criminógeno puede afectar de una doble manera: impulsando a conseguir la sustancia a toda costa perdiendo la capacidad hacerse influir por la norma prohibitiva, y la de provocar una realidad influida por la drogodependencia que llevaría a una desidia moral y social y que puede traer todo tipo de comportamientos delictivos ajenos al delito funcional, como son abandonos de familia, quebrantamientos de condena, contra la seguridad del tráfico o abandono de menores entre otros, los cuales, mediante un tratamiento de deshabituación podrían desaparecer. Así, la madre toxicómana no abandonaría a los menores, el alcoholico no conduciría bajo la influencia del alcohol, el interno de permiso regresaría al centro al finalizar el mismo.

En nuestra opinión la suspensión por drogodependencia debería ser de aplicación a todos los comportamientos que han podido verse favorecidos por la situación de drogodependencia, extendiéndose la delincuencia funcional, relacional e inducida con la premisa de que el tratamiento deshabituador tendría la virtualidad de hacer desaparecer el factor criminógeno.

V. LA NATURALEZA DE ESTA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A la hora de determinar la relación de causalidad exigida en el artículo 80.5 CP acudimos a las teorías causales aplicadas al derecho penal, esto es, las que tratan de determinar cuándo una conducta es causa de un resultado típico.

²⁰ SAN JUAN GUILLÉN C., VOZMEDIANO SANZ L. GERMÁN MANCEBO I. Estudio cuantitativo sobre la aplicación de la suspensión de la pena de prisión para drogodependientes del artículo 87 del Código penal: Datos de los juzgados.

²¹ GONZÁLEZ ZORRILLA, C. Drogas y control social. Universidad de Barcelona), cit., p. 184.

No obstante, ha de valorarse que no nos encontramos en el mismo ámbito de la causalidad naturalística, pues mientras estas teorías tratan de determinar cuándo existe una relación de causalidad entre una conducta y un resultado²², en el artículo 80.5 se busca una causalidad que determine cuándo la dependencia ha sido causa de la comisión del hecho delictivo y también, en nuestra opinión, de la peligrosidad criminal. Es decir, en la aplicación de las teorías generales, la causa es una conducta respecto a un resultado típico, mientras que en el precepto analizado la causa es la dependencia y el efecto es un factor criminógeno que ha desembocado en la comisión de un delito y que potencia la comisión de otros.

No obstante, estas diferencias consideramos aplicable la teoría de la *conditio sine qua non*, considerando la dependencia como la causa que suprimida mentalmente haría desaparecer el hecho delictivo o más bien el factor criminógeno o peligrosidad criminal.

Un argumento a favor de la aplicación de esta teoría está en la finalidad de la suspensión. Dado que esta está condicionada a un tratamiento de deshabituación, lo que se busca con este es que deje de delinquir al dejar de ser dependiente, por lo que la misma finalidad está buscando el cese de la delincuencia con el cese de la dependencia. Si omitimos la dependencia, desaparece la peligrosidad criminal, si bien quizá con la matización de que no se trata de averiguar con dicha supresión mental desaparecería el concreto hecho delictivo por el que ha sido condenado, que también, sino el factor criminógeno inducido por la dependencia que desaparecido, hace también desaparecer su peligrosidad criminal²³.

Así, la sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial Barcelona de fecha 14/03/2022 refiere que *De ahí que resulta esencial a la hora de valorar la posible aplicación de la suspensión del artículo 80.5 CP observar si la dependencia padecida por el sujeto ya condenado constituye un **factor criminógeno** relevante en su comportamiento y determinar si la peligrosidad criminal puede desaparecer -o al menos quedar sensiblemente reducida- una vez que desaparece el referido factor criminógeno de la drogodependencia*. Centrándose por tanto no en una causalidad directa, sino en que la dependencia sea un **factor criminógeno** relevante en el comportamiento que desaparecido hace desaparecer la peligrosidad criminal.

²² Fernández del Torco y E. Sola Recha consideran una relación de medio-causa en relación con el fin. La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: Aproximación a la reforma de 1988.

²³ PUENTE SEGURA, L. Suspensión y sustitución de las penas La Ley. 2009.

No obstante, nos encontramos con la misma problemática que presenta esta teoría en el plano de la acción y especialmente, para el supuesto que nos ocupa, en los casos en los que concurren varias causas, ya que en estos supuestos pueden incurrir varias motivaciones aparte de la dependencia. Así, en un delito de lesiones esta podrá concurrir con el odio hacia la víctima, en un delito contra la libertad sexual, con el ánimo lúbrico y en delito de tráfico de drogas podrá concurrir con un ánimo de lucro que excediera de lo necesario para la próxima dosis.

Y no parece ser impedimento para la concesión de la suspensión el hecho de que concurren varias causas o ánimos en la ejecución del delito. El propio redactado no exige que la drogodependencia sea la única causa, y, es más, se debiera distinguir entre los distintos ánimos concurrentes a la hora de la comisión delictiva de lo que de verdad constituye la drogodependencia; un factor criminógeno que difícilmente puede considerarse como un móvil del delito, pero que trae una suerte de causalidad psíquica.

De esta suerte de causalidad psíquica parecen dar cuenta nuestra Jurisprudencia. Así, la sentencia STS 1054/2006, de 1 de marzo, trata la dependencia como ***circunstancia impulsora en la comisión del delito***, la STS nº 112/2010, de 15 de enero, utiliza el concepto de **agente provocador**, próxima a nuestra tesis acerca de la similitud con la figura del inductor en cuanto a causalidad psíquica.

En este sentido de impulso psíquico se pronuncia también la STS 70/2017 de 8 de febrero, al afirmar que *el agente actúa infringiendo la ley a causa de tal adicción, viéndose **compelido a cometer el delito**, no cuando sea el *modus vivendi* o bien apelando a una **relación motivacional** como hace el TSJ de Extremadura, en su sentencia de la Sala de lo Civil y Penal Sec. 1ª, 10/2017, de 14 de diciembre.*

Esta relación de causalidad psíquica podría tener cierta identidad con el concepto de inducción²⁴, y atendiendo a los requisitos de esta, podríamos extrapolar los mismos a la relación de causalidad a los efectos de determinar si la dependencia concurrente es acreedora de la suspensión. Así, al hilo de los requisitos jurisprudenciales para esta figura establecidos en STS de 5 de mayo de 1989 (Jiménez Villarejo) podemos decantar una serie de criterios útiles para determinar la eficacia causal de la dependencia en la comisión del hecho delictivo, como son, a mi criterio:

²⁴ LUZÓN CUESTA. J.M. Compendio de Derecho Penal, parte general, 19ª Edición. Dykinson, donde el autor trata la inducción como una suerte de causalidad psíquica.

- a) *Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción* Así, este primer criterio se identificaría con la teoría de la *conditio sine qua non*, pues obedece al mismo postulado, es decir la supresión mental de la influencia del inductor, conlleva a la inexistencia del resultado delictivo; la eliminación de la dependencia conlleva a la no comisión del hecho delictivo.
- b) *Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado:* esta segunda determinaría la necesidad de que la dependencia fuese de tal magnitud que sin ella no habría dejado vencerse por los otros ánimos y se identificaría con las afirmaciones que se aplican respecto a la causalidad en el artículo 21.2 CP. La dependencia debiera ser intensa y adecuada, y el móvil único o al menos principal que indujo al sujeto a la comisión del hecho delictivo. En este sentido podríamos afirmar que la drogodependencia opera en una suerte de relación de causalidad cuando constituye un factor criminógeno, pudiendo aplicar la teoría de la *conditio sine qua non* en aras de determinar o no la aplicación de la suspensión. La relación de causalidad puede por tanto considerarse una relación causal conforme a la teoría de la *conditio sine qua non* si bien con determinados matices, como es si la drogodependencia ha generado un factor criminógeno de tal calado que confirme una suerte de causalidad psíquica, fundamentando una peligrosidad criminal que desaparecería con la deshabituación.

Es por tanto necesario que esa drogodependencia haya generado un factor criminógeno que se haya materializado en un resultado delictivo por el que el sujeto ha sido condenado y sea predecible una peligrosidad criminal que desaparezca con la deshabituación. Conforme a esta teoría, debería aplicarse la suspensión siempre que, conforme a las reglas de la sana crítica, pudiera concluirse que sin la drogodependencia no se hubiera producido el hecho delictivo, y que mitigada esta con el consiguiente tratamiento de deshabituación, desaparecería la peligrosidad criminal.

VI. CONCLUSIONES

- 1º. La redacción histórica del precepto ha sido controvertida y carente del grado de técnica legislativa necesario para poder determinar por sí sola tanto la delincuencia a la que va dirigido el precepto como la relación de causalidad requerida.

- 2º. La doctrina mayoritaria aboga por una relación de causalidad amplia, descartando la aplicabilidad de la suspensión tan solo a quienes se encontrarán bajo los efectos de sustancias delinquen por necesidad económica para subvenir a sus necesidades de consumo. La suspensión puede aplicarse no solo a la delincuencia funcional, sino también a la relacional y a la inducida.
- 3º. La terminología jurisprudencial en cuanto a la relación de causalidad refleja esta concepción amplia de casualidad. El significado de la drogodependencia puede considerarse como factor criminógeno, agente provocador, causa impulsiva o motivo, entre otras.
- 4º. Si bien es difícil traducir esta suerte de causalidad psíquica en el ámbito de las relaciones causales naturalistas, el recurso a figuras similares, como la de inducción, en las cuales sí se aplican estas figuras causales, supondría la licencia de acudir a figuras como la *conditio sine qua non*.
- 5º. La relación de causalidad puede analizarse, en cuanto a su existencia como requisito conforme a la teoría de la *conditio sine qua non* si bien con determinados matices, como es si la drogodependencia ha generado un factor criminógeno de tal calado que confirme una suerte de causalidad psíquica, fundamentando una peligrosidad criminal que desaparecería con la deshabituación. Ese factor criminógeno que ha de haberse materializado en un resultado delictivo por el que el sujeto haya sido condenado y sea predecible una peligrosidad criminal que desaparezca con la deshabituación.
- 6º. Deberá aplicarse la suspensión, siempre que, conforme a las reglas de la sana crítica, pueda concluirse que sin la drogodependencia no se hubiera producido el hecho delictivo, y que mitigada esta con el consiguiente tratamiento de deshabituación, desaparecerá la peligrosidad criminal.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Antonio Roma Valdés, Código Penal comentado. Bosch. 2015.

Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Coordinador: Julián Sánchez Melgar. Sepin 2020.

Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Director: Antonio del Moral García. Coordinador: Rafael Escobar Jiménez. Editorial Comares. 2018.

Comentarios al Código Penal Español. Director: Gonzalo Quintero Olivares. Thomson Reuters. Aranzadi. 2016.

Comentarios prácticos al Código Penal. Director: Manuel Gómez Tomillo. Thomson Reuters. Aranzadi.

La drogadicción como causa extraordinaria de suspensión de penas privativas de libertad, Luis María Uriarte Valiente. Estudios Jurídicos del Centro de Estudios Jurídicos (CEJ), 2015.

Comentarios al Código Penal. Directora: María Luisa Cuerda Arnau. Tirant lo Blanch.

Revista SEPIN práctica penal. Nº 94.

Memento Práctico Penal Francis Lefebvre 2023.

Código Penal con Jurisprudencia sistematizada. 7ª edición. Directo: Jacobo Barja de Quiroga. Tirant lo Blanch.

Código Penal con Jurisprudencia. Tercera edición. Director: Óscar Morales García. Thomson Reuters. Aranzadi.

Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Cobo del Rosal. Tomo XII, 1990. Revista de Derecho Público.

Tratado de Derecho Penal. Segunda Edición. Jacobo Barja de Quiroga. Thomson Reuters. 2018.

La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: Aproximación a la reforma de 1988. Poder Judicial. Nº 15.

La circunstancia atenuante de adicción, Carlos Suárez-Mira Rodríguez. Anuario da Facultad de Dereito da Universidade de Coruña, Nº 2, 1998.

Estudio cuantitativo sobre la aplicación de la suspensión de la pena de prisión para drogodependientes del artículo 87 del Código penal: Datos de los juzgados César San Juan Guillén, Isabel Germán Mancebo, Laura Vozmediano Sanz.

Suspensión y sustitución de las penas Puente Segura, Leopoldo. Editorial: La Ley. 2009

La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010. Miguel Ángel Cano Paños. Universidad de Santiago de Compostela. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico.

La Suspensión y la sustitución de penas privativas de libertad. Clemente Lázaro, Francisco Javier, Pena Moreira, María Mercedes. Editorial: Editorial Colex. 2020.

La suspensión especial para drogodependientes. ¿Existen posibilidades para una mayor aplicación? obstáculos y orientaciones de futuro. Nahia Zorrilla Martínez. Eguzkilore.

La suspensión de la ejecución de la pena para drogodependientes en el nuevo Código Penal. Rafael Alcacer Guirao Universidad Complutense de Madrid.

Comentarios al Código Penal. Autor/es: Mirentxu Corcoy Bidasolo, Santiago Mir Puig. Tirant Lo Blanch.

Drogas, delincuencia y enfermedad mental, de Santiago Leganés Gómez. Revista Española de Drogodependencias. 2010.

La suspensión de la pena privativa de libertad. Estudio del artículo 87 del Código Penal. Esperanza Herrero Albedo: Revista penal, Nº 9, 2002.

Responsabilidad Penal del drogodependiente. Juan Muñoz Sánchez. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

Suspensión extraordinaria de la pena privativa de libertad. Mónica Fernández. Cuestiones penitenciarias actuales. Criminología, derecho y práctica. Udim.

El cumplimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad en personas drogodependientes. Observatorio Vasco de Drogodependencias.

La complicidad psíquica. Oriol Martínez Sanromà. InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho. Nº 1 – 2024.

Neurosis, trastornos neuróticos y del control de los impulsos. Tratamiento jurídico penal. Tesis doctoral de Salud de Aguilar Gualda.

Suspensión condicional de la pena en los proyectos de reforma. Francisco Javier de León Villalba. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 47, Fasc/Mes 3, 1994, págs. 115-154.

La suspensión condicional de la condena del toxicómano delincuente: aproximación a la reforma de 1988 en Poder Judicial nº. 1. 1989. Fernández del Torco, Alonso/Sola Reche, Esteban.

Carlos González Zorrilla Remisión condicional y drogodependencia en comentarios a la legislación penal, dirigidos por Cobo del rosal. Tomo XII, 1990.

Leopoldo Puente Segura. Suspensión y sustitución de la pena. La Ley. 2009.

Peris Riera, Jaime: «Comentario al art. 87», en: Cobo del Rosal, Manuel (Dir.), Comentarios al Código Penal, Tomo III, Madrid, 1999.

Mariano Serrano Pascual. (1999) Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho penal español. Trivium, Madrid.

Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal. Ed. Colex, 1997. Leopoldo Puente Segura.

Jurisprudencia

STS 232/2000, de 18 de febrero, Sala segunda, de lo Penal.

STS 121/2006, de 7 de febrero, Sala segunda, de lo Penal.

STC 222/2007 de 8 de octubre.

STS, 409/02 de 7 de marzo, Sala segunda, de lo Penal.

AAP Barcelona, sección 6, 649/05, de 14 de octubre.

SAP de Barcelona Sección 8, 3802/2022, de 14 de marzo.

STS 1054/2006, de 1 de marzo, Sala segunda, de lo Penal.

STS 112/2010, de 15 de enero, Sala segunda, de lo Penal.

STS 70/2017, de 8 de febrero, Sala segunda, de lo Penal.

STSJ de Extremadura, 10/2017, de 14 de diciembre, Sala de lo Civil y Penal Sec. 1ª.

LA EXPULSIÓN DE LOS EXTRANJEROS COMO SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Augusto Hernández Manzanares

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *Introducción. II. Naturaleza jurídica. III. Ámbito subjetivo. IV. Ámbito objetivo. 1. Sustitución de pena de prisión inferior a 5 años. 2. Sustitución de pena de prisión de más de 5 años. 3. Aspectos procedimentales y procesales. V. Efectos de la expulsión. VI. Internamiento del extranjero. VII. La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía. X. Jurisprudencia*

I. INTRODUCCIÓN

La inmigración masiva irregular hacia España desde hace unas décadas ha supuesto una reacción legislativa y jurisprudencial que afecta al ámbito de la Jurisdicción Penal y a la potestad administrativa sancionadora. De manera concreta, en los supuestos en los que el extranjero en situación irregular que debe ser expulsado de España y que además está incurso en un proceso penal, exige una legislación armónica en el ámbito penal y administrativo para evitar contradicciones.

El ordenamiento jurídico-penal español reacciona frente a estos sujetos, o mejor dicho frente al grupo de los que no tienen residencia legal, con la medida de la expulsión, la cual opera no sólo de manera desigualitaria o desproporcional, sino restándole valor a la vigencia de la norma penal y, sobre todo, el desprecio de la víctima del delito y del bien jurídico protegido por el Derecho¹.

El Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado la necesidad de motivación de la expulsión penal sobre la base de una ponderación de intereses en juego, entre los que habrá que tener en cuenta el arraigo del extranjero en España, la unificación familiar, el esfuerzo por reparar el daño causado o la voluntad del condenado de permanecer en nuestro país cumpliendo la pena impuesta (ATC 106/1997, de 17 de abril [RTC 1997\106] y STC 242/1994, de 20 de julio [RTC 1994\242])².

¹ SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en *Política Criminal*. Vol. 6, nº 11 (julio 2011), p. 107. Recurso electrónico disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol611A4.pdf.

² MORENO-TORRES HERRERA, M.^a. R.: “La pena en la legislación penal española (I)”, en Zugaldía Espinar, J. M.^a. (Dir.), Moreno-Torres Herrera, M.^a. R. (coord.), *Fundamentos de Derecho Penal Parte General Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal*, Valencia, 2010, p. 510.

La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión impuesta aparece regulada en el art. 89 del Código Penal desde el año 1995, habiendo sido reformado a través de las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003, 5/2010 y por último con la reforma efectuada por la LO 1/20151 de 30 de marzo, que introduce modificaciones en cuanto a los criterios subjetivos y objetivos de aplicación, la aplicación del principio general de la proporcionalidad y la regulación de la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea.

En lo que concierne a la sustitución de las medidas de seguridad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España por expulsión a su país de origen (artículo 108 del Código Penal) se exige: a) que sea un no residente legal en España; b) que se le haya impuesto una o varias medidas de seguridad, pudiendo éstas ser de cualquier naturaleza -privativa o no de libertad- y duración³.

El objeto del presente estudio se circunscribe, al análisis de la respuesta que da el sistema penal a los supuestos de expulsiones de ciudadanos extranjeros condenados en un proceso penal, tratando únicamente las relaciones entre el extranjero autor de delitos y condenado por ello y la potestad penal, teniendo en cuenta conforme a lo establecido por el Tribunal constitucional que *la expulsión de ciudadanos imputados y/o condenados no supone una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional*⁴.

En el Código Penal de 1995 se distinguen tres supuestos distintos de expulsión penal: a) Como medida sustitutiva de las penas de prisión de más de un año (artículo 89.1 CP); b) Como cumplimiento de las penas de prisión de más de cinco años, o varias penas que excedieran de esa duración (artículo 89.2 CP); y c) Como medida de seguridad (artículo 108 CP)⁵.

³ BENITO LÓPEZ, R.: “Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad”, en Molina Fernández, F. (coord.), Memento Práctico, Madrid, 2011, cit. 503.

⁴ STC 203/1997, de 25 de noviembre; STC 24/2000, de 31 de enero y ATC 106/1997, de 17 de abril.

⁵ Resultan interesantes los estudios realizados por ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio 2004”, Diario La Ley núm. 6160, 3 de enero de 2005; y DE LA ROSA CORTINA, J.M., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados por delito: Aspectos sustantivos y procesales, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, año 2004. ARIAS SENSO, M., La respuesta penal: Expulsión de extranjeros imputados y condenados: Aproximación crítica a una legislación de emergencia, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 2007.

II. NATURALEZA JURÍDICA

En principio debemos considerar que la naturaleza de la medida es la de una modalidad de sustitución de las penas cortas de prisión por otras formas de cumplimiento de la pena, considerándola el Código Penal de 1995 como una medida alternativa a la sanción penal de privación de libertad. En la doctrina se ha criticado esta medida por entender que disminuye el efecto de prevención general o que responde exclusivamente a meras razones político-criminales utilitaristas, o bien que sólo pretende reducir la población penitenciaria extranjera⁶.

Más que un supuesto de sustitución de la pena, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España supone una dejación de la potestad de ejecutar determinadas penas de prisión impuestas por delito por razones de oportunidad política, ya que tal medida no puede justificarse desde objetivos de prevención general ni especial⁷.

La doctrina constitucional ha señalado que lo característico de tal sustitución es la suspensión de la potestad penal en la medida que la expulsión de ciudadanos extranjeros imputados o condenados no supone una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado⁸.

En palabras de PUENTE SEGURA: *Cualquier esfuerzo destinado a desentrañar los objetivos de esta última reforma resulta innecesario si se tiene en cuenta que el legislador no los oculta cuando en la propia exposición de motivos de la LO. 11/2003, de 29 de septiembre, empieza por anunciar, como corresponde al título de dicha norma, que se trata de medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.*

⁶ PAZ RUBIO, J.M., “Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”, La Ley Penal, núm. 10, noviembre 2004, pág. 1.

⁷ En ese sentido opina LÓPEZ LORENZO, V., “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, en Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, La Ley, número 9, octubre, 2004, pág. 11.

⁸ Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden señalar dos situaciones distintas: a) Si se trata de expulsión no voluntaria, estamos en presencia no de una pena sino de una medida restrictiva de los derechos del extranjero que el Estado puede imponerle legalmente, entendiendo que no existe un derecho constitucional a la reinserción y debiendo entenderse el artículo 25.2 CE como una simple orientación (STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242) y STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203); b) Si consiente el afectado, estamos en presencia de un beneficio en la medida que se le permite evitar el cumplimiento penitenciario, sin que ostente derecho subjetivo ninguno a ello (ATC 106/1997, de 17 de abril (RTC 1997, 106, Auto), y STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24). En definitiva, cuando se ejecuta una expulsión sustitutiva, la política criminal se ve desbordada por la política de extranjería, y lo que son, como dice el TC “dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”. Esta esquizofrenia o desdoblamiento de naturaleza se refleja en que puede considerarse como una medida restrictiva de derechos o como un beneficio, según se imponga contra la voluntad del reo o a petición de éste.

Cualquier observador desapasionado, creo yo, consideraría que la nueva regulación del artículo 89 del CP tiene indudablemente más que ver con lo primero que con lo último⁹.

Por otra parte, se trata de una figura muy discutible no solo por generar en el ciudadano respetuoso con la legalidad la pérdida de confianza en un sistema penal que permite la práctica impunidad para algunos infractores de delitos considerados socialmente graves e incentivar a ciudadanos de otros países a la comisión de un determinado delito¹⁰, sino por su difícil articulación con los principios de igualdad, el de proporcionalidad y el de *non bis in idem*.

En cuanto al principio de igualdad, el hecho de que se haya creado una sanción específica implica ya de entrada una seria e ilegítima conculcación del principio de igualdad. Por un lado, los nacionales españoles y los extranjeros con residencia legal pueden verse discriminados frente a los extranjeros ilegales por considerar que ante la comisión del mismo delito los primeros podrían cumplir pena de prisión y los segundos no.

Por otro lado, los extranjeros irregulares podrían considerar que la expulsión es una medida más gravosa o desfavorable que la que les correspondería si fuesen españoles o residentes legales. La carga aflictiva de la expulsión no es uniforme, sino que se ve condicionada por factores como el delito cometido y la pena a imponer o las circunstancias personales del condenado.

Asimismo, esas medidas son totalmente contrarias al respeto escrupuloso al principio de cumplimiento de las penas, al mismo tiempo resulta palmaria la vulneración del principio de proporcionalidad de las penas. Así lo demuestra el hecho de que para delitos de muy diferente gravedad se imponga la misma medida de expulsión o que tras la expulsión se prohíba la entrada durante un período de 10 años en todo el territorio Schengen. Y a su vez, si se quebranta la prohibición de entrada se procederá nuevamente a la expulsión computándose de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad¹¹.

⁹ LEOPOLDO PUENTE SEGURA. Suspensión y sustitución de las penas. "Suspensión y sustitución de las penas". Editorial La ley, 2009.

¹⁰ JUANETEY DORADO, C.: "La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal", en La Ley Penal, nº 9, 2004, p. 9.

¹¹ SOUTO GARCÍA, E. M.^a: "Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión", en Faraldo Cabana P., Puente Aba, L. M.^a. Y Souto García, E. M.^a. (coords.), Derecho de Excepción, Terrorismo e Inmigración, Valencia 2007, 304.

III. ÁMBITO SUBJETIVO

El art. 89 CP resulta aplicable para todos los extranjeros en general, independientemente de que se encuentren en situación regular o no, quedando reservado el apartado 4 para ciudadanos de la Unión Europea.

La redacción del art. 89 CP dispone, en su apartado 4, que: No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

En consecuencia, se debe tener en consideración, entre otras cuestiones, el tiempo de residencia del extranjero en España, los vínculos del extranjero con nuestro país, el posible arraigo personal, familiar y/o laboral, etc.¹².

La autorización de residencia constituye prueba fehaciente del arraigo del extranjero, a tener en consideración, pero sin que pueda considerarse como motivo concluyente a la hora de determinar si procede o no la expulsión. En cuanto a la expulsión de los ciudadanos comunitarios, ha de decirse que se regula por primera vez con la reforma del Código Penal por la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Respecto de los Extranjeros pertenecientes a la Unión Europea, a no ser que se modifique la legislación vigente, les es de aplicación el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que confiere a todos sus ciudadanos un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros. Pero este derecho no es absoluto y está sometido a las limitaciones, por razones objetivas de orden público o de seguridad pública (interna o externa), contenidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que, en España, han sido acogidas por el Real Decreto 240/2007¹³.

¹² FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “La fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones, libertad condicional e indulto. Regulación” CEJ 2017: la condición de residente legal no es el único factor que objetiva el arraigo, debiendo tenerse en cuenta variables tales como tiempo de estancia en España, haber llegado a España en periodo infantil o incluso siendo extranjero haber nacido en territorio español “segunda generación”, existencia de relaciones familiares próximas vinculantes con convivencia o dependencia económica. No obstante, debe tenerse presente que el arraigo –y la condición de residente legal- no automatiza la exclusión de la expulsión sustitutiva, sino solo en aquellos casos en que en relación con las circunstancias del hecho no transformen en desproporcionada la expulsión.

¹³ Como recuerdan COMAS D’ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución...”, cit., pp. 23 y 24, según los artículos 27 y 33 de la Directiva y artículo 15.1 del Real Decreto 240/2007, un extranjero de la Unión puede ser expulsado si existen razones graves de orden público o seguridad pública, afirmación a todas luces infundada por desproporcionada. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido delimitando determinados delitos que

Pero la previsión no acaba aquí, sino que prescribe que *si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además:*

- a) hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza,*
- b) hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.*

Así, el art. 89.4 párrafo 2 CP, establece cuando procede la a expulsión de un ciudadano de la Unión Europea.

IV. ÁMBITO OBJETIVO

El régimen jurídico de sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a los extranjeros por expulsión, conforme a la reforma 1/2015, distingue dos supuestos:

- Sustitución de pena de prisión de 1 a 5 años.
- Sustitución de pena de prisión de más de 5 años.

1. Sustitución de pena de prisión inferior a 5 años (de 1 a 5 años)

La regla general para el imputado extranjero en España es que la pena privativa de libertad inferior a cinco años se sustituye íntegramente por la expulsión del territorio nacional (artículo 89.1 del Código Penal).

En cuanto a la delimitación de la pena a partir de la cual podrá determinarse la expulsión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que debe tenerse en cuenta la pena impuesta en concreto y no la fijada para el delito en abstracto¹⁴.

podrían autorizar la expulsión judicial penal fundada en esos preceptos de la Directiva, en concreto se ha referido al delito de tráfico de estupefacientes realizado por bandas organizadas [STUE 23/11/2010, Tsakouridis (C 145/2009)].

¹⁴ STS 893/2018, de 31 de mayo: *sólo atendiendo a la pena en concreto es posible apreciar las razones de orden público o de seguridad pública ya que sólo la pena en concreto refleja una conducta personal del interesado.*

Por último, concluye el apartado advirtiéndole que *en caso de que el extranjero adquiriera la clasificación penitenciaria de tercer grado, o acceda a la libertad condicional, el resto de la pena se sustituirá por la expulsión.*

De conformidad con el Derecho vigente, dicha sustitución sólo tiene lugar cuando concurre un doble presupuesto:

1. que se trate de pena de prisión.
2. que su duración sea igual o inferior a 5 años (de 1 a 5 años).

Anteriormente, se hablaba de penas privativas de libertad, y sin duda, se hacía referencia a las previstas en el artículo 35 del Código Penal: la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Aunque la inclusión de ésta última fue, sin embargo, más debatida: de hecho, la doctrina de la Fiscalía General del Estado evolucionó en los últimos años sobre este particular, pues pasó del rechazo absoluto de la posibilidad de sustitución de la responsabilidad personal subsidiaria por expulsión, por entenderla discriminatoria en el plano económico (Circular de la Fiscalía 2/2006), a una postura más matizada que admite la sustitución en caso de reiteración de infracciones o cuando la infracción penal sea buscada como medio para burlar la efectividad de la legislación de extranjería (Circular 5/2011).

En cuanto al límite de los cinco años al que se refiere el tenor del precepto, se suscitaron algunas dudas:

- a) La fijación de la pena determinante de la procedencia de la expulsión, aunque realmente resuelve la propia norma, que al utilizar la voz “pena impuesta”, se refiere a la pena concretamente aplicada al caso, independientemente de cuál sea la pena con que esté sancionado el delito en abstracto¹⁵.
- b) También se planteó la cuestión de si cabía la sustitución en el caso de varias penas impuestas en una misma sentencia que si bien individualmente son inferiores a 5 años, sumadas superan dicho límite.

¹⁵ RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en Revista de Jueces para la Democracia, nº 33, 1998, pp. 57 a 70; en el mismo sentido, VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, en Ortiz de Urbina GIMENO, I. (coord.), Memento Experto Reforma Penal 2010, Madrid, 2010, p. 683.

Martínez Pardo invocando el tenor literal del artículo 89.1 “las penas de prisión de más de un año impuestas (...)”, opta por exclusión de la sustitución cuando la suma de las penas impuestas excede de cinco años¹⁶.

Sin embargo, para Sánchez García de Paz no se encuentra formalmente excluida pese a las dificultades prácticas de ejecución¹⁷.

Aunque, no obstante, sí parece justificado que –según el número y gravedad de las penas impuestas– proceda en estos casos el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta y la sustitución del último tramo de la condena por expulsión.

Con la introducción de esta pena mínima de un año, el ámbito de aplicación del instituto de la expulsión sustitutiva de la reforma penal queda restringido a las penas de prisión, se destierran de la expulsión sustitutiva las demás penas privativas de libertad – y en particular, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y la localización permanente¹⁸ – y las penas de prisión de un año o inferiores. Previsión que según el Consejo General del Poder Judicial no solo se ajusta al artículo 57.2 de la LOEX, sino de modo fundamental al principio de proporcionalidad¹⁹.

2. Sustitución de pena de prisión de más de 5 años (art. 89.2 CP)

Vemos, que tanto si la pena impuesta es de prisión de 1 a 5 años, o pena de prisión superior a 5 años, o de varias penas que excedan de dicha duración, el juez o tribunal tendrá potestad para acordar el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta en defensa del orden jurídico y el respeto a la norma infringida por la comisión del delito.

Si bien para el caso de penas de prisión de más de 5 años, el juez o tribunal tendrá potestad para acordar el cumplimiento parcial de la pena de prisión, sin que este periodo tenga que adaptarse al

¹⁶ MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en Revista del Instituto de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2012, p. 36.

¹⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Artículo 89”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), Comentarios al Código Penal, Valladolid, 2010, p. 402; en análogos términos VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 638.

¹⁸ Informe del Consejo Fiscal..., cit., p. 69, afirma que la exclusión de la localización permanente es irrelevante a efectos prácticos, dado que la reforma penal la elimina el elenco de penas leves, no la contempla como pena principal de ningún delito y la deja reducida a una función meramente residual como forma o modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en el ámbito de los delitos leves.

¹⁹ Artículo 57.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: *Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.*

criterio máximo de 2/3 partes establecido para las penas de menos de cinco años. Asimismo, la expulsión tendrá lugar igualmente en el caso de que el penado extranjero adquiriera la clasificación penitenciaria de tercer grado, o acceda a la libertad condicional.

3. Aspectos procedimentales y procesales

Interesa destacar varios aspectos como son: la audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena, y el momento en que se debe acordar la medida de expulsión.

En todo caso, dado que la decisión debía adoptarse en sentencia, la petición de expulsión debe someterse a las garantías propias de cualquier decisión que se adopta en sentencia, entre ellas, al principio de contradicción²⁰.

Se requiere audiencia previa al Fiscal (art. 89.3 CP), si bien esta falta de audiencia debía ser suplida en la práctica requiriendo al penado en el acto del juicio para que alegara las razones que le asistía en contra de su expulsión. Entender lo contrario vulneraría lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la CE. Con relación a la ausencia del requisito de audiencia al extranjero, la STS, Sala 2ª, 901/ 2004, de 8 de julio 2004, señaló: *[...] para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, [...] resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que, en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante [...]*²¹.

El juez o tribunal deberá motivar la decisión sobre la aplicación del artículo 89 CP cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida. Deben valorarse tanto las circunstancias del

²⁰ COMAS D'ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: "Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP), en Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia, Valencia, 2012, pp. 23 y 24, advierten que la ausencia de cualquier alusión en la Exposición de Motivos a este tema impide conocer las razones de este sustancial cambio que se propone. Sólo el debate parlamentario podrá dar luz a una cuestión tan trascendental.

²¹ El Tribunal Supremo establece con esta Sentencia que debe considerarse el arraigo personal y familiar como excepción a la expulsión por exigirlo así la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde se deduce, además, la necesidad de "injertar un trámite de audiencia al penado y [...] motivar la decisión". Por esas razones el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2003, al verificar que "la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89 CP, que es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado".

hecho como del culpable que (como elementos individualizadores de la pena en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto) también deben ser ponderados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito.

Por ello habrá que tener en cuenta: Con carácter general la decisión sustitutoria debe tomar en consideración los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la ley (STS 366/2006), esto es la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general y especial (STS 842/2010).

En consecuencia, aun cuando la solicitud de expulsión del territorio español debe ser la regla general, la misma no deberá tener lugar cuando nos hallemos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad (empleo de violencia en las personas que entrañe una especial aflicción, vejación o riesgo para la víctima, o que se revele innecesaria para el logro de los fines del delito, tráfico de drogas salvo supuestos escasa cantidad, formas imperfectas de delitos contra las personas como homicidio, robos con empleo de armas, robos en casa habitada con toma de rehenes, trata de seres humanos, agresiones sexuales, corrupción de menores) o cuando se encuentren vinculados a la delincuencia transnacional sea ésta más o menos organizada.

Por imperativo legal **no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis (artículo 89.9 CP).** También hay que tener en cuenta los intereses particulares del afectado, en concreto hay que valorar el arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen.

Así, se hace preciso distinguir los siguientes supuestos:

- a) El arraigo de permanencia, que puede acreditar haber alcanzado un nivel alto de integración social, laboral y familiar

En todo caso, el desarrollo de una actividad laboral para que pueda compensar la falta de residencia en España y excluir la expulsión sustitutiva debe gozar de las condiciones acreditadas de estabilidad y viabilidad para futuro, sin que sea de recibo la permanencia en España por un período más o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva.

- b) El arraigo o la convivencia familiares, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado, unificación familiar que encajan en los amplios términos del art. 30 CE, convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión

Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión, deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad, sobre todo cuando la separación es inevitable al no haber ni siquiera la posibilidad de instalarse en un tercer país. Se tiene que valorar la edad de los hijos y las condiciones adicionales de dependencia, así como la intensidad de los vínculos del extranjero con su nación de origen.

4. Los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva del afectado

Hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión, el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión, o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad. Por ello, la existencia de un antecedente por delito de la misma naturaleza es una de las circunstancias a valorar.

V. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN (art. 89.5 CP)

Como recuerda Salinero Echevarría, la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional tiene obviamente un primer efecto –la expulsión– pero no es el único. Junto a éste, a tenor del artículo 89.2 del Código Penal, quizás el efecto más gravoso para el extranjero es la prohibición de regresar a España por un lapso que puede variar entre cinco a diez años contados desde la expulsión²². Y entre las circunstancias personales a tener en cuenta en la temporalidad se incluye el arraigo.

²² SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión...”, cit., p. 133.

En resumen, los efectos de la sustitución de la pena de prisión por la expulsión son:

1. La expulsión del territorio nacional.
2. La prohibición de regresar a España en un plazo de 5 a 10 años.
3. El archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Por otra parte, la consecuencia de la expulsión del territorio de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, en este caso España, determina, en virtud del artículo 5 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que el expulsado pase a integrar una lista, que forma parte del Sistema de Información previsto en el Acuerdo Schengen, lo que lo convierte en “rechazable” en cualquiera de los Estados de la Unión Europea, por lo que en virtud de esta previsión el ámbito espacial al que se extiende la prohibición de entrada abarca el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea²³.

Las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso son diferentes según sea encontrado ya dentro del territorio español o es sorprendido en la frontera: el primer supuesto se refiere a aquellos casos en los que el extranjero expulsado que logra ingresar en el territorio español antes de cumplirse el plazo de prohibición de retorno, en cuyo caso habrá de cumplir las penas que le fueron sustituidas; el segundo se refiere a la situación en la que el extranjero intenta entrar de nuevo en España, antes del plazo de prohibición, siendo sorprendido en frontera. En estos casos, se establece que será expulsado directamente, iniciándose de nuevo el cómputo del plazo de prohibición (**artículo 89.7 CP**).

VI. INTERNAMIENTO DEL EXTRANJERO

Ante la posibilidad de que el extranjero deba quedar en libertad y a fin de evitar su desaparición, el Código Penal prevé su internamiento hasta tanto sean expulsados²⁴.

²³ El Sistema de información de Schengen incluye exclusivamente las categorías de datos que proporciona cada una de las Partes y que son necesarios para los fines previstos en los artículos 95 a 100 del Convenio: personas buscadas a efectos de extradición, extranjeros incluidos en la lista de no admisibles, datos relativos a personas desaparecidas o que deban ser objeto de protección, etc.

²⁴ En este sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010*, de 22 de junio, 2010, p. 271; VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión...”, cit., p. 688, quien afirma que se produce una remisión expresa al internamiento a que se refiere la LO 4/2010.

Así, en caso de que acordada la expulsión no se encontrare al penado o no quedare efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el número 6 del artículo 89 del Código Penal, faculta al juez o tribunal sentenciador para decretar su ingreso en un centro de internamiento para extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa (60 días como máximo, artículo 65.2 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre). Y si, finalmente, dicha expulsión no pudiera ser realizada, se procederá a la ejecución de la pena inicialmente impuesta, o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma (**artículo 89.8 del CP**). Sin embargo, el tiempo de privación de libertad no se configura como de “ejecución de la pena o medida”, sino como un internamiento aparentemente administrativo, con los límites y garantías que le son propios.

VII. LA EXPULSIÓN COMO SUSTITUTIVO DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

También se sustituyen obligatoriamente por vía del **artículo 108 del Código Penal** las medidas de seguridad por expulsión. Su finalidad práctica atiende a fines ajenos al Derecho Penal, no se trata de una intervención terapéutica ni incide en la peligrosidad criminal del penado. Esta solución es criticada por la doctrina²⁵, porque ante esta institución el Tribunal pierde toda vinculación con el expulsado, quien resulta así abandonado a su suerte y posiblemente sin tratamiento alguno en ninguna parte. Sustituir una medida de seguridad por la expulsión supondrá en muchas ocasiones expulsar a un enfermo mental, lo que podría considerar que se entiende vulnerado el Estado social y democrático de Derecho que propugna la Constitución Española²⁶.

Rigen las mismas previsiones de acordarse en la sentencia, y la necesidad de dar audiencia al penado, que en estos casos debería extenderse a su Letrado y a su representante legal.

VIII. CONCLUSIONES

Es indiscutible el fenómeno de la inmigración, y el papel del inmigrante en la cultura, la educación, en el ámbito laboral, y en la sociedad española en general. Sin embargo, es necesario fijar una

²⁵ ARIAS SENSO, M., Expulsión de extranjeros condenados..., cit, pág. 14.

²⁶ En ese sentido opina PALOMO DEL ARCO, A., “La expulsión del extranjero en el procedimiento penal”, en El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000) Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 201.

normativa que regule los flujos migratorios no sólo desde una perspectiva laboral, sino desde el punto de vista de evitar una inmigración ilegal, sin que sea dable utilizar el derecho penal, y la expulsión penal, en cumplimiento de una política restrictiva, selectiva y de exclusión.

Y si bien es cierto que la sustitución de la prisión por expulsión puede equivaler a la cuasi-impunidad de la conducta, a un beneficio penal al extranjero infractor, incitándolo al delito ante la certeza de que en caso de ser descubierto la única consecuencia será la deportación a su país de origen, decayendo pues los efectos preventivos, resocializadores y también disuasorios que fundamentan las penas, tampoco puede silenciarse el efecto devastador que en el individuo puede tener el retorno a un país en conflicto, en situación de pobreza, o azotado por otra lacra social, en cuyo caso, el fin preventivo quedaría cubierto no sólo con la expulsión en sí, sino con la prohibición de regreso y la paralización de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto regularizar su situación.

Nuestra CE en su artículo 25, proclama el mandato constitucional de reeducación y rehabilitación social, y políticas penales represivas, lo que contribuyen es a ver al extranjero (y más concretamente al extracomunitario), como alguien peligroso, orillado de cualquier reeducación o reinserción social. A pesar de ello, podemos extraer las siguientes consideraciones en cuanto a la normativa penal actual en cuanto a la expulsión del extranjero como sustitutiva de la pena de prisión:

1. Introducción de criterios que dotan al juez de cierta discrecionalidad a la hora de tomar la decisión de sustituir o no la pena de prisión por la expulsión, individualizando la respuesta penal a la luz de las circunstancias del hecho y personales del extranjero y pudiendo entrar a valorar tanto la proporcionalidad de la medida como la reafirmación del ordenamiento jurídico.
2. El ámbito objetivo de aplicación del sustitutivo penal para penas de más de un año de prisión permite excluir del ámbito de aplicación de la norma a los extranjeros en situación irregular condenados a menos de un año de prisión o a otras penas privativas de libertad cualquiera sea su duración, considerando el legislador desproporcionado la expulsión en esos casos.
3. Incrementa la seguridad jurídica de la norma en la medida que el juez no depende de un expediente administrativo que revoque la autorización para residir en España para poder proceder a la sustitución del artículo 89 CP.

4. Además, es posible afirmar que, en términos generales, la reforma del artículo 89 CP no produce cambios importantes con respecto a la regulación anterior en cuanto al tipo de extranjero sobre los que puede recaer el sustitutivo penal, atendiendo a la combinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la norma penal y su relación con la causa de expulsión del artículo 57.7 LOEX, salvo la excepción recogida en la segunda conclusión.
5. La expulsión debe adoptarse atendiendo al criterio de proporcionalidad a través de las circunstancias del hecho y personales del autor, en particular el arraigo. Esto significa que en caso de que el extranjero tenga arraigo en el país el juez debe abstenerse de sustituir la pena por la expulsión en aras de mantener el arraigo del sujeto.

Entendido de esta manera, el respeto al arraigo del sujeto está ligado al fin de la pena de prisión, que es la reinserción social.

6. En los supuestos en los que el extranjero cuenta con arraigo en el país, la respuesta del Estado frente a su conducta infractora es más aflictiva que frente a la de un extranjero sin arraigo social o a la de un español. Frente a un extranjero sin arraigo social en el país porque éste conseguirá que se le sustituya todo o parte de la pena de prisión por la expulsión, librándose del cumplimiento de todo o parte de la pena de prisión; y frente a un español porque, tras haber cumplido ambos la pena, al extranjero le espera al salir de prisión la expulsión administrativa del país por tener antecedentes penales.
7. Las dificultades de reinserción se observan incluso en los supuestos en los que el extranjero no es expulsado ni penal ni administrativamente, bien por circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración, bien por decisión de la propia Administración. La dificultad proviene de contar con antecedentes penales tras el cumplimiento de su condena en España, los cuales son un impedimento para la renovación de las autorizaciones de residencia, siendo estas un elemento esencial para llevar a cabo una vida normalizada en el país de acogida.
8. En tanto no se elimine la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEX, cualquier regulación de la expulsión penal tendrá por finalidad reforzar la política migratoria y

el control de fronteras, puesto que el horizonte marcado por aquel trunca las posibilidades de reinserción social de la pena.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS SENSO, M., “Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio 2004”, Diario La Ley núm. 6160, 3 de enero de 2005.

ARIAS SENSO, M., La respuesta penal: Expulsión de extranjeros imputados y condenados: Aproximación crítica a una legislación de emergencia, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, 2007.

BENITO LÓPEZ, R.: “Instituciones individualizadoras y sustitutivos de las penas privativas de libertad”, en Molina Fernández, F. (coord.), Memento Práctico, Madrid, 2011.

COMAS D’ARGEMIR, M., SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C. y NAVARRO, E.: “Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del acusado y del penado, distintas fases procesales (artículo 89 CP), en Jornadas de la comisión penal de jueces para la democracia, Valencia, 2012.

DE LA ROSA CORTINA, J.M., La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados por delito: Aspectos sustantivos y procesales, Estudios del Ministerio Fiscal, CEJAJ, año 2004.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis. “La fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones, libertad condicional e indulto. Regulación” CEJ 2017

JUANETÉY DORADO, C.: “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal”, en La Ley Penal, nº 9, 2004.

LEOPOLDO PUENTE SEGURA. Suspensión y sustitución de las penas. “Suspensión y sustitución de las penas”. Editorial La ley, 2009.

LÓPEZ LORENZO, V., “La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”, en Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, La Ley, número 9, octubre, 2004.

MARTÍNEZ PARDO, V. J.: “La expulsión de los extranjeros como sustitutiva de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad”, en Revista del Instituto de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, 2012.

MORENO-TORRES HERRERA, M.^a. R.: “La pena en la legislación penal española (I)”, en Zugaldía Espinar, JM^a. (Dir.), Moreno-Torres Herrera, M^aR. (coord.), Fundamentos de Derecho Penal Parte General Incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, Valencia, 2010.

PALOMO DEL ARCO, A., “La expulsión del extranjero en el procedimiento penal”, en El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000) Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000

PAZ RUBIO, J.M., “Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional”, La Ley Penal, núm. 10, noviembre 2004.

RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en Revista de Jueces para la Democracia, nº 33, 1998.

SALINERO ECHEVARRÍA, S.: “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, en Política Criminal. Vol. 6, nº 11 (julio 2011), p. 107. Recurso electrónico disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol611A4.pdf.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: “Artículo 89”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), Comentarios al Código Penal, Valladolid, 2010.

SOUTO GARCÍA, E. M.^a.: “Algunas notas sobre la función del Derecho Penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en Faraldo Cabana P., Puente Aba, L. M.^a. Y Souto García, E. M.^a. (coords.), Derecho de Excepción, Terrorismo e Inmigración, Valencia 2007.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio, 2010.

VELÁZQUEZ VIOQUE, D.: “Expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, en Ortiz de Urbina GIMENO, I. (coord.), Memento Experto Reforma Penal 2010, Madrid, 2010.

X. JURISPRUDENCIA

Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 644/2022, de 27 de junio. Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

Sentencia de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 645/2022, de 27 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

LEGÍTIMA DEFENSA. DOCTRINA Y APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES

Isabel Eugenia Jiménez de Lucas

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Profesora colaboradora en RCU María Cristina y doctoranda en URJC

SUMARIO: I. Introducción. II. Análisis de los requisitos de la eximente. 1. El bien jurídico protegido. 2. Requisitos de la eximente. 3. Requisitos objetivos de la legítima defensa. a) Agresión ilegítima actual. b) Necesidad racional de la defensa. c) Falta de provocación suficiente. 4. Requisito subjetivo de legítima defensa: Animo defensivo. III. Análisis de la aplicación por nuestros tribunales del exceso extensivo. Construcción jurisprudencia del concepto de agresión ilegítima actual. 1. El comienzo de la agresión. 2.-El final de la Agresión. IV. Análisis de la jurisprudencia sobre racionalidad del medio empleado: Exceso intensivo. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Resoluciones consultadas

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar una revisión actual de la eximente de legítima defensa, estructurándose en dos partes principales. En un primer momento se realizará una exposición sobre las características y requisitos objetivos y subjetivos de la eximente, exponiendo la doctrina mayoritaria al respecto; en segundo lugar, se ampliará el estudio de estos requisitos con una revisión de las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo recaídas al respecto de los denominados exceso extensivo y exceso intensivo y sobre sus efectos.

II. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA EXIMENTE

1. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido tiene una doble naturaleza. Por una parte, se están protegiendo, como en otras eximentes, los bienes jurídicos propios de la persona necesitada de defensa. Por otra, se estarían protegiendo bienes jurídicos colectivos: se estaría protegiendo la restauración del orden jurídico.

Esta naturaleza dual del bien jurídico protegido es característica de esta eximente y es lo que justifica que el daño causado en la legítima defensa a los bienes del agresor pueda llegar a ser mayor que el daño que se desea evitar. Esto no podría suceder en el estado de necesidad, en el que debe haber una relación de proporcionalidad entre ambos daños, el que se quiere evitar y el que se causa.

2. Requisitos de la eximente

La legítima defensa se recoge en el Art. 20.4 del Código Penal que dispone que están exentos de responsabilidad criminal:

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los elementos siguientes.

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

A partir de esta regulación legal, la doctrina destaca que la eximente cuenta fundamentalmente con tres elementos objetivos y uno subjetivo. Los elementos objetivos son los siguientes:

- Agresión Ilegítima
- Necesidad racional del medio empleado para repelerla.
- Falta de provocación suficiente

El elemento subjetivo viene dado por el ánimo de defensivo.

Veámoslos con más detalle.

3. Requisitos objetivos de la legítima defensa

a) Agresión ilegítima actual

La agresión ilegítima es el elemento más característico de la eximente, que permite diferenciarla en supuestos de cercanía con supuestos de estado de necesidad con los que podría generarse confusión. La agresión ilegítima supone además que se ha producido por dicha agresión una lesión al ordenamiento jurídico, que debe ser restaurado. Es decir, es la agresión ilegítima la que introduce un segundo bien jurídico en la ecuación, bien jurídico de naturaleza supraindividual que, como ya se ha mencionado, permite que la reacción defensiva llegue a causar un daño mayor que el que se quería precaver, lo que sería imposible en el estado de necesidad.

La agresión ilegítima constituye un elemento nuclear de la eximente (VIZUETA FERNÁNDEZ, J.¹), y este carácter esencial determina que, en ausencia de la agresión ilegítima no sea posible aplicar la

¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, J. “La legítima defensa y el estado de necesidad justificante”. Ed. Comares, Granada, pág. 227.

eximente ni completa ni incompleta. Esto sucederá en aquellos casos en que no existe una agresión ilegítima, pero también en aquellos en que la agresión no sea actual.

Veamos qué características debe reunir una acción para constituir una agresión, que sea ilegítima y que se pueda considerar “actual.”

La agresión va a ser una acción humana, entendida en sentido amplio, pues puede ser constitutiva de agresión también una conducta omisiva (por ejemplo, la madre que retiene en su vivienda a un bebé sin darle de comer y poniendo en peligro su vida); puede consistir en una agresión efectiva, un acometimiento hacia la víctima, pero puede también consistir en aquella conducta que trata de obstaculizar el acceso del defensor a un instrumento, medio u objeto que precisa para evitar la producción de un daño a sus bienes jurídicos. Así, por ejemplo, se impide al defensor acceder a un extintor de incendios que le es necesario para impedir la propagación del fuego en su vivienda).

Además, para que entre en juego la protección del ordenamiento jurídico como bien jurídico protegido característico de la eximente de legítima defensa, resulta indispensable que la agresión sea ilegítima. No cabe la legítima defensa contra una agresión autorizada por el Derecho, por ejemplo, contra una acción realizada por un policía en cumplimiento de su deber. Incluso, no cabe la legítima defensa contra una conducta que, aunque genere un riesgo para un bien jurídico del defensor, genera un riesgo tolerado por el Derecho, dentro de los límites socialmente permitidos.

Ahora bien, que sea una agresión ilegítima y antijurídica no debe confundirse con la exigencia de que se trate de una acción típica. La tipicidad de la conducta sólo se exige para el supuesto de la defensa de los bienes materiales. En el supuesto de acciones de inimputables, la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de aplicación de la legítima defensa (por ejemplo, Pérez del Valle²).

Molina Fernández³ nos dice que tampoco cabe en situaciones de riña mutuamente aceptada, lo que también ha afirmado el Tribunal Supremo de forma reiterada, pues en este caso habría corresponsabilidad del defensor, que también estaría colaborando en la alteración del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la agresión ilegítima debe ser actual. No cabe la legítima defensa contra una agresión que no sea actual; se daría en este caso un exceso extensivo que impediría la aplicación de la eximente, ni

² PÉREZ DEL VALLE, C. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Dickinson, S.L., Madrid, 2020, pág. 161.

³ MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La legítima defensa penal”. Revista Jurídica U.A.M. nº 25, 2012, pp. 28.

siquiera de forma incompleta, por falta de un requisito esencial. Ello nos obliga a delimitar cuidadosamente qué puede entenderse por agresión actual, término que no es sinónimo de agresión inminente, aunque sea el supuesto más común. La agresión comienza cuando se inicia el curso causal que previsiblemente ha de terminar produciendo un daño a los bienes jurídicos del defensor, pero deviene actual, de acuerdo con Molina Fernández ⁴ cuando la defensa es eficaz, en el sentido que demorar la defensa agravaría de forma importante el riesgo para los bienes jurídicos del defensor.

Un caso especial viene dado por los denominados *offendicula*. Se trata de medios de defensa, generalmente de la propiedad, que pueden causar daños al agresor, de forma que actúan en legítima defensa en el momento en que se produce la agresión. Algunos autores, como Molina Fernández⁵ consideran que no se puede hablar realmente de legítima defensa en el sentido de que estos medios operan igual tanto sea la agresión legítima o ilegítima, sin que en ocasiones esté siquiera presente el propietario ni pueda modificar la respuesta en función de la evaluación que realice de la agresión. Pensemos, por ejemplo, en un perro de defensa suelto en el interior de una parcela, que atacará lo mismo a un ladrón que a un cartero que entre en la propiedad para entregar un certificado.

En cuanto a la agresión ilegítima, se realiza una previsión especial en el art. 20.4 del Código Penal sobre la entrada en la morada, pues se dice que “se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla”. Esta expresión genera dudas de interpretación en el sentido de si solamente la entrada indebida en la morada puede considerarse agresión ilegítima a efectos de la legítima defensa de la morada, o si la entrada indebida es sólo una de las posibilidades de agresión ilegítima a la morada, facilitándose la prueba al equipararse legalmente entrada indebida a agresión ilegítima. La posición mayoritaria considera que debe aplicarse el criterio restrictivo, de forma que solo cabría la legítima defensa contra la entrada ilegítima en la morada.

También existe una previsión específica en el caso de la defensa de los bienes materiales en el art. 20.4 del CP: *En la defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminente.*

En este supuesto en particular, se exige no sólo que la agresión sea antijurídica, sino que se establece de forma expresa como requisito que sea típica. Ello supone una restricción de la legítima defensa en favor de los bienes materiales. Además, existe una segunda restricción a la defensa legítima de los

⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La legítima defensa penal”. Op.cit. pág. 30.

⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La legítima defensa penal”. Op.cit. pág. 31.

bienes materiales, puesto que el precepto transcrito exige no sólo que la agresión sea actual, sino que sea inminente.

Existe una tercera restricción en la legítima defensa de los bienes materiales, derivada del art. 2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH), que establece: *La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesaria: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima.*

Como consecuencia, sólo se admite la causación de la muerte de una persona en legítima defensa de bienes personales, pero no materiales.

b) Necesidad racional de la defensa

La defensa racional es la mínima defensa necesaria para repeler la agresión, y depende especialmente de la elección de los medios de defensa y del uso que de los mismos decida hacer el defensor. La Jurisprudencia, como veremos posteriormente, reitera que: *Debe emplearse siempre el medio menos lesivo y en la forma que menos perjuicio cause.*

Es importante entender que la racionalidad del medio no es un requisito identificable con la proporcionalidad del medio. No se exige igualdad de medios entre agresor y defensor, ni siquiera proporcionalidad entre los mismos. La Jurisprudencia pone el énfasis en la elección de los medios de defensa y en el uso que se hace de los mismos. Debe atenderse, para apreciar esta racionalidad, a las circunstancias concretas que se den en un supuesto, la existencia de alternativas de defensa de que pueda disponer el defensor y que pudieran resultar menos lesivas, aunque igualmente eficaces para repeler la agresión. En ausencia de otras alternativas menos lesivas, puede apreciarse la eximente, aunque el medio empleado para repeler la agresión no resulte proporcional al medio empleado por el agresor (ROJO ARANEDA⁶). Este análisis de los medios de defensa empleados y su utilización tiene un elemento objetivo, pero también subjetivo, pues ha de atenderse a las circunstancias personales del sujeto defensor, incluyendo la perturbación anímica que la propia agresión le haya podido provocar y que puede dificultar la elección del mejor medio de defensa disponible, en el sentido referido de ser a la vez eficaz y menos lesivo que otros a disposición del defensor.

⁶ ROJO ARANEDA, M.G. “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada.” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”. Tema 66, 2013, pp. 465.

Resulta pacífico entre la doctrina que esta evaluación de la racionalidad del medio empleado para la defensa ha de realizarse desde una perspectiva *ex ante*. Cuestión distinta es si ha de atenderse a los conocimientos que tuviera el concreto defensor o a la previsión que pudiera realizar un espectador medio razonable situado en esa posición *ex ante*. Esta última es la opción elegida, si bien, como ya he mencionado, deben tenerse en cuenta también las circunstancias personales y concretas en la situación analizada que pudieran influir en la elección del medio de defensa, como pueden ser el temor o perturbación provocado por la propia agresión o por la inminencia del daño, factores que podrían dificultar al defensor realizar un análisis calmado y racional de los medios de defensa disponibles.

En caso de que el medio de defensa escogido o su utilización excedan de lo razonable, se produciría un exceso intensivo en la defensa que impediría la aplicación de la eximente completa, pudiendo en su caso ser apreciada la eximente como incompleta JIMÉNEZ DIAZ⁷.

c) Falta de provocación suficiente

La concurrencia de este requisito responde al principio de que nadie debe poderse beneficiar de su propia conducta antijurídica, de forma que la provocación suficiente que desencadena el ataque debe ser una provocación ilegítima y antijurídica, aunque no sea típica. La provocación que se considerará suficiente, de acuerdo con la Jurisprudencia, es aquella que a la mayor parte de las personas hubiera llevado a una reacción agresiva, y sólo la provocación ilegítima puede tener como efecto la corresponsabilidad del defensor en la propia agresión, lo que determinará que no pueda aplicarse la eximente completa, aunque sí la incompleta, pues no nos encontramos ante un elemento esencial de la eximente de legítima defensa.

4. Elemento subjetivo de la legítima defensa: Animo defensivo

El elemento subjetivo es el ánimo defensivo que debe conducir la actividad del defensor. Este ánimo defensivo se interpreta por la doctrina mayoritaria, doctrina recogida por el Tribunal Supremo, como el conocimiento de que se dan los requisitos objetivos de la legítima defensa, y ello con independencia de que el defensor, además de defenderse, actúe con otro ánimo específico de causar un mal al agresor. En palabras de la STS de 22 de abril de 2019: *El "animus necandi" no es incompatible con la legítima defensa. En efecto, en la STS nº 614/2004, de 12 de mayo, entre otras, se exponía con meridiana*

⁷ JIMÉNEZ DIAZ, "El exceso intensivo en la legítima defensa". Comares, Granada, 2007.

claridad que el dolo homicida no es incompatible con la eximente de legítima defensa, sino que uno y otra pueden coexistir porque ni siquiera el "animus necandi" o intención deliberada y específica de quitar la vida al ilegítimo agresor, excluye necesariamente la "necitas defensionis" que fundamenta la eximente, por lo que habrá de atender en cada supuesto de hecho a las circunstancias de todo tipo que concurran en el suceso y, especialmente, a la gravedad de la agresión injusta y los bienes y valores jurídicamente tutelados sobre los que aquélla se proyecta, así como a la respuesta del injustamente agredido, ponderando los factores fácticos y anímicos como elementos básicos para establecer la racionalidad o adecuación de esa respuesta.

Como señala la STS de 3 de junio de 2.003: La jurisprudencia, asumiendo la predominante corriente de la doctrina científica, entiende que la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de toda causa de justificación la existencia de un "animus defendendi" que, como dice la Sentencia de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor ("animus necandi"), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo.

Es decir, la legítima defensa -caso de que concurra- no supone otra cosa que una causa de justificación de la reacción de quien ha sido ilegítimamente agredido, pero nada tiene que ver con el propósito que anima esa reacción, pues quien encontrándose en una situación provocada por el agresor que amenaza real y objetivamente bienes o valores tan relevantes como la propia vida o la integridad física, responde proporcionalmente al injusto ataque con la intención de matar al primero, estará actuando justificadamente, pero con indudable "animus necandi", por lo que ambos factores: dolo homicida y legítima defensa resultan independientes y perfectamente compatibles.

Como conclusión, este elemento subjetivo se identifica con el conocimiento de que se dan los requisitos objetivos de la causa de justificación, es decir, que, ante una agresión ilegítima, actual, que pone en riesgo inmediato los bienes jurídicos de la víctima o de un tercero, no habiendo provocación por el defensor, existe una necesidad de defensa. El ánimo defensivo, concebido de esta forma, esto es, como conocimiento de que se dan los presupuestos de la causa de justificación, convivirá con un dolo específico que corresponde al medio defensivo escogido, y que puede ser, como vemos, de lesionar o incluso de matar. Si falta este elemento subjetivo, es decir, si el sujeto desconoce que

concurrir los requisitos objetivos de la legítima defensa, y actúa con dolo de lesionar o matar, por ejemplo, su acto no será lícito, pudiendo apreciarse una tentativa inidónea o una eximente incompleta (MOLINA FERNÁNDEZ⁸).

III. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN POR NUESTROS TRIBUNALES DEL EXCESO EXTENSIVO. CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE AGRESIÓN ILEGÍTIMA ACTUAL

1. El comienzo de la agresión

Como hemos visto, la agresión ilegítima actual es un elemento esencial y definidor de la legítima defensa. Cuando no concurre esta agresión, o cuando habiendo concurrido no puede considerarse esencial, se ha producido un exceso extensivo y no es posible apreciar ni la eximente completa ni la incompleta. La agresión ilegítima es a su vez la clave para diferenciar la legítima defensa de otras eximentes, fundamentalmente del estado de necesidad. En consecuencia, una de las principales cuestiones que se han ido construyendo por la Jurisprudencia es la delimitación del concepto de agresión “actual”, es decir, cuáles son los límites temporales en relación a la acción agresiva entre los que tendrá cabida hablar de legítima defensa.

Ya hemos visto que la doctrina considera que la agresión actual no debe ser equiparada al acometimiento, es decir, al acto mismo de agredir, si bien cuando se trate de la defensa de bienes materiales sólo cabrá la legítima defensa contra una agresión que pone en riesgo inminente a los bienes, restringiéndose así el margen temporal de la agresión ilegítima con respecto a la defensa de los restantes bienes, que manejan un marco temporal más amplio que se engloba bajo el concepto de agresión “actual”.

En este sentido, el comienzo de la consideración de agresión ilegítima se puede adelantar, conforme a la Jurisprudencia, a un momento anterior al del ataque, de forma excepcional y siempre que el riesgo de que se produzca este ataque y el consiguiente daño a los bienes jurídicos que se quiere proteger, sea inminente. Así, por ejemplo, en la STS 8327/07, de 10 de diciembre, entre otras muchas: *Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de*

⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Op. Cit. Pág. 44.

agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente.

Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente (STS. 12.7.94), exigiéndose "un peligro real y objetivo y con potencia de dañar" (STS. 6.10.93), de modo que no la constituye "el simple pedir explicaciones o implicar verbalmente a otra persona (STS. 23.3.91), ni el "hecho de llevar las manos en los bolsillos, profiriendo insultos" (STS. 26.5.89).

Esta forma de entenderse la agresión actual es muy importante y amplía considerablemente el margen de actuación del defensor. Supone, en la práctica, el reconocimiento de que la defensa que se intenta cuando ya se ha producido el acometimiento puede resultar menos eficaz o incluso ser completamente ineficaz. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una persona de mucha mayor envergadura que acomete a alguien vulnerable, incapaz de detener la agresión una vez que se ha iniciado, u otros supuestos en que igualmente el defensor no podrá impedir el daño una vez se haya iniciado la agresión, así, el caso de alguien que observa cómo el agresor manifiesta su voluntad de arrojar un objeto pesado desde una terraza a un viandante que se aproxima, con la intención declarada de matarlo.

En estos casos, el medio más racional de defensa es aquel que se adelanta al inicio de la acción misma de agredir, admitiéndose por el Tribunal Supremo, si bien de forma excepcional, siempre que esta agresión, aún no iniciada, sea inminente, y que la amenaza represente un peligro grave, real y objetivo.

2. El final de la agresión

El otro momento que puede generar incertidumbre es el momento en que se reputa terminada la actualidad de la agresión, de forma que ya no cabe la legítima defensa. La agresión ilegítima puede

cesar cuando desaparece el peligro de lesión del bien jurídico que se pretende proteger, lo que puede suceder por distintos motivos:

- Porque el autor cesa en su agresión, desistiendo.
- Porque la defensa tiene éxito.
- Porque los bienes jurídicos que precisaban de defensa ya han sido lesionados (por ejemplo, la persona a la que se quería salvar ha fallecido).

En estos casos ya no cabría la legítima defensa. Ahora bien, un conflicto que se da con frecuencia es que el defensor no se aperciba del cambio en la situación y crea que el peligro y la agresión persisten, es decir, que persisten las condiciones para la apreciación de la legítima defensa. En este caso estaríamos ante un error sobre la existencia de una causa de justificación. La Jurisprudencia ha tratado este problema, teniendo en consideración para abordarlo la perspectiva del agresor en un momento *ex ante*, lo que resulta particularmente adecuado para resolver aquellos supuestos en que la agresión puede haber cesado, pero el defensor no lo sabe. Por ejemplo, en el asunto objeto de la STS 3045/1999, de 5 de mayo, el agresor propina un único puñetazo en el rostro al defensor, quien se defiende agrediendo con un vaso de cristal al agresor, y ello en la creencia de que el puñetazo recibido no era sino el primero de un ataque más persistente. Dice así la Sentencia citada: *Otro aspecto de la cuestión planteada se refiere a la actualidad de la defensa, dado que ésta se excluye cuando ya no tiene la finalidad de impedir o repeler la agresión (art. 20.4 segundo). Dicho de otra manera: no cabe defensa contra una agresión que ya concluyó. La redacción del hecho probado parece sugerir que toda la agresión comenzó y terminó con el puñetazo. Sin embargo, como lo ha subrayado la doctrina más reciente, la existencia y la permanencia de la agresión no se debe considerar ex-post, sino desde la perspectiva del agredido y, por lo tanto, ex-ante. De esta manera, no se puede excluir que, desde esta perspectiva, el acusado -como ha entendido la Audiencia- haya percibido el puñetazo como el primer acto de una serie de otros posibles, pues resulta razonable imaginar que el ataque inopinado que describen los hechos probados no había concluido. En todo caso, el error sobre dicha circunstancia no se puede excluir. Precisamente la posibilidad del error es lo que permite considerar la defensa del acusado como incompleta, dado que una eximente incompleta no puede ser apreciada cuando el autor ha obrado conociendo que no se daban los presupuestos para la justificación.*

Como claramente expone la Sentencia citada, la eximente no puede ser apreciada ni completa ni incompleta cuando ha desaparecido el riesgo para el bien jurídico porque la agresión no es actual. No

obstante, en aquellos casos en que, desde una perspectiva *ex ante*, resulta razonable pensar (o al menos, como en este caso, no se puede excluir) que el defensor obrara bajo el error de la existencia de una causa de justificación, estaríamos a un supuesto distinto del de exceso extensivo, siendo posible la apreciación de una eximente incompleta.

IV. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE RACIONALIDAD DEL MEDIO EMPLEADO: EXCESO INTENSIVO

Como vimos en el apartado correspondiente, la necesidad racional del medio empleado para la defensa no equivale a semejanza entre los medios de defensa y de agresión. Aunque el Tribunal Supremo se refiere con frecuencia a la proporcionalidad, no alude a la semejanza de los medios sino a la necesidad del medio elegido y el uso que de él hace el defensor, de forma que se esté escogiendo el medio que, siendo eficaz, menos daños cause al agresor y se utilice también de la forma menos lesiva posible. La racionalidad del medio ha de evaluarse desde el punto de vista *ex ante* del autor. Así lo encontramos explicado, entre otras muchas, en la STS 5096/2005, de 22 de julio: *Como tiene declarado reiteradamente esta Sala, en forma que hace innecesaria cualquier cita particular, la eximente de legítima defensa exige para su posible estimación la concurrencia de los siguientes requisitos:*

- a) agresión ilegítima (consistente en la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos -vida, patrimonio, etc.-, consecuencia de una acción o conducta actual, inminente, real e injusta, en el sentido de fuera de razón o inesperada), que constituye el presupuesto esencial de toda legítima defensa -completa o incompleta- y que, **en principio, no cabe apreciar en los supuestos de riña entre dos o más personas mutuamente aceptada;***
- b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; y, finalmente, d) ánimo de defensa en el sujeto, como elemento subjetivo que debe apreciarse en la conducta enjuiciada (...)*

La doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, se ha preocupado de diferenciar la falta de necesidad de la defensa, de la falta de proporcionalidad en los medios empleados para impedir o repeler la agresión. La primera, esencial para la existencia de la eximente tanto completa como incompleta, que conduce al llamado exceso extensivo o impropio, en que la reacción se anticipa por no existir aún ataque o se

prorroga indebidamente por haber cesado la agresión, supuestos en que en ningún caso puede hablarse de legítima defensa. En la segunda, si falta la proporcionalidad de los medios, nos hallamos ante un exceso intensivo o propio.

Cuestión compleja, pues como ya dijeron las Sentencias de esta Sala de 30 marzo y 26 abril de 1993, 5 y 11 de abril, 15 de diciembre de 1995 4 de diciembre de 1997, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva «ex ante».

De modo que (STS 86/2002, de 28 de enero) la «necessitas defensionis» puede entenderse en un doble sentido; como necesidad de una reacción defensiva y como necesidad de los medios empleados para su realización, aptitud y proporcionalidad de los mismos. En el primer sentido, la necesidad de la defensa exige la actualidad de la agresión, presente en su existencia y persistente en la creación de un riesgo para el bien jurídico de que se trate. Ello determina la autenticidad del «animus» defensivo, elemento subjetivo concurrente de carácter general, exigible en la causa de justificación para neutralizar el desvalor de acción presente en el comportamiento típico. En el segundo sentido ha de precisarse que la necesidad del medio ha de llevarse a un plano referencial de proporcionalidad o correspondencia entre el ataque y la reacción defensiva. Así como la necesidad constituye premisa básica para cualquier consideración sobre la legítima defensa, tanto como eximente completa o incompleta, la proporcionalidad viene referida a la relación entre la entidad del ataque y la defensa, con especial atención a los medios empleados para impedir o repeler la agresión, que sí, cualitativa o cuantitativamente, se ofreciesen desfasados, faltos de una racional correlación, al suponer un exceso

intensivo en la reacción contrarrestadora, impidiendo el juego de la eximente plena, sólo permitirían, en su caso, la estimación de la incompleta.

Contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria acometida, sin repudiabiles excesos que sobrepasen la necesaria contrarrestación. En la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima, y, en general, sus condiciones personales, posibilidad de auxilio con que pudiera contar, etc.; sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés, pues -cual ha resaltado la jurisprudencia- dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse al acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir fríamente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (cfr. sentencias de 4 y 16 de diciembre de 1986, 13 de abril de 1987, 5 de julio de 1988, 7 de mayo de 1991, 16 de junio y 6 de octubre de 1992, 6 de octubre de 1993, 18 de julio de 1994 y 5 de abril de 1995).

Ahora bien, cuando se exige que el defensor no pueda recurrir a otros medios menos lesivos para el agresor, no quiere decir el Supremo que solo quepa apreciar la legítima defensa cuando no sea posible la huida. Así lo dice, entre otras muchas, la STS 3045/99, de 5 de mayo: *La Defensa permitida por el art. 20.4 CP será considerada legítima cuando sea necesaria. A ello se refiere expresamente el texto legal cuando en el párrafo segundo señala como requisito de la legitimidad la necesidad racional del medio empleado, es decir, la exigencia de que la Defensa no sea posible por otros medios menos lesivos de los bienes jurídicos del agresor. En el juicio sobre la necesidad, sin embargo, no debe entrar en consideración, como lo propone el Fiscal, la posibilidad de huir o de retroceder, dado que, en ese caso, prácticamente toda defensa sería innecesaria. El juicio sobre la necesidad, por el contrario, está condicionado por los fundamentos de la legítima defensa. Como es sabido este fundamento es doble: por un lado, se trata de la defensa del derecho en el sentido que "el derecho no debe ceder ante lo injusto"; por el otro de la ratificación del orden jurídico como tal. Es el agresor el que infringe el derecho y el que -hasta cierto punto, por supuesto- debe soportar las consecuencias de la agresión antijurídica. Por lo*

tanto, no es el agredido el que debe tolerar una intervención sin derecho en sus bienes jurídicos. Por estas razones, la posibilidad del acusado de marcharse o de escapar, por sí misma, no permite excluir el carácter necesario de la Defensa.

La consecuencia del exceso intensivo es que no pueda apreciarse la eximente completa, aunque sí podrá apreciarse incompleta, pues no estamos en este caso ante un elemento esencial de la causa de justificación (JIMÉNEZ DIAZ)⁹.

Así lo entiende también la Jurisprudencia que, en la STS 1434/2013, de 6 de marzo, expone con gran claridad la distinción, que considera fundamental, entre exceso extensivo y exceso intensivo y sus efectos, cuestión que se ha querido resaltar en este trabajo: *Se impone en todo caso la fundamental distinción entre la falta de necesidad de la defensa, y la falta de proporcionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso **extensivo o impropio**, bien porque la reacción se anticipa o bien porque se prorroga indebidamente y la legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de estos casos, ni como completa ni incompleta (SSTS. 27.1.2009), 3.6.2003, 21.6.2007). Por el contrario, si lo que falta es la proporcionalidad de los medios, el posible exceso, llamado **intensivo o propio**, obliga a ponderar como juicio de valor, no solo las circunstancias objetivas sino también las subjetivas (sentencias 6-5-98 y 16-11-2003), teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y las responsabilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, y a la propia naturaleza humana. Por ello el exceso intensivo o propio no impide la apreciación de una eximente incompleta, STS. 10.10.96, e incluso puede ser cubierto -como razona la STS. 1708/2003 de 18.12, por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida en una situación límite.*

V. CONCLUSIONES

La legítima defensa es una causa de justificación que se basa en la existencia de una necesidad de defensa para bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos pueden pertenecer al defensor o a un tercero. Existe una particularidad que distingue a esta causa de justificación: la protección dual no solo de

⁹ JIMÉNEZ DIAZ, Op. Cit. Pág. 139.

estos bienes jurídicos concretos que pertenecen al individuo, sino también de un bien colectivo como es el mantenimiento del Derecho y la restauración del orden jurídico lesionado por la agresión ilegítima. Esta dimensión colectiva permite que los límites de esta causa de justificación se amplíen con respecto a otras que carecen de esta dimensión de protección colectiva, admitiéndose que el bien jurídico que se daña con la defensa pueda ser de mayor valor que el bien jurídico que se intenta proteger. Por la misma razón, el juicio de semejanza entre los medios de ataque del agresor y los de defensa, es sustituido por un juicio de necesidad racional del medio empleado para la defensa, juicio que se hace no solo de una forma objetiva, sino de también subjetiva, atendiendo a las circunstancias y conocimiento del defensor en un momento *ex ante*, particularmente a la perturbación que pueda sufrir como consecuencia de la propia agresión y que le dificulte valorar racional y fríamente la situación.

También se ha examinado en este trabajo la Jurisprudencia relativa a la diferenciación entre el exceso extensivo, que se da cuando no concurre el elemento esencial de agresión ilegítima actual, lo que impide la apreciación de la eximente ni siquiera de forma incompleta, y el exceso intensivo, que, afectando al requisito no esencial de necesidad racional del medio empleado para la defensa, operará permitiendo la apreciación de la eximente incompleta.

A la misma solución se llegaría si se diera el caso de error por parte del defensor en los presupuestos de la causa de justificación, al obrar en la creencia de que concurren los requisitos que permitirían apreciar la legítima defensa, cuando no es así. Tanto si el error afecta al exceso intensivo, por creer el sujeto que el medio empleado para la defensa y el uso que se hace del mismo están amparados por el Derecho por ser necesarios racionalmente para repeler el ataque, como si el error se da sobre la persistencia de una agresión ilegítima actual (esto es, de un riesgo para los bienes jurídicos que justifica la necesidad de defensa), el resultado sería en ambos casos la posibilidad de apreciar la eximente incompleta.

VI. BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ DIAZ, “El exceso intensivo en la legítima defensa. Comares, Granada, 2007.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La legítima defensa penal”. Revista Jurídica U.A.M. nº 25, 2012, pp. 19-48.

PÉREZ DEL VALLE, C. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Dickinson, S.L., Madrid, 2020.

ROJO ARANEDA, M.G. “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada.” Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”. Tema 66, 2013, pp. 459-477.

VIZUETA FERNÁNDEZ, J. “La legítima defensa y el estado de necesidad justificante” en AAVV (ROMEO CASAVON, CH; SOLA RECHE, E.; BOLDOVA PASAMAR, M.A.): Derecho Penal Parte General, 2ª edición, Comares, Granada, 2016.

VII. RESOLUCIONES CONSULTADAS

STS 3045/1999, de 5 de mayo. ECLI:ES:TS: 1999:3045.

STS 5096/2005, de 22 de julio. ECLI:ES:TS: 2005:5096.

STS 8.327/07, de 10 de diciembre. ECLI:ES:TS: 2007:8327.

STS 2019/10, de 22 de abril. ECLI:ES:TS: 2010:2019.

STS 1434/2013, de 6 de marzo. ECLI:ES:TS: 2013:1434.

SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS SUPUESTOS DE DEMENCIA SOBREVENIDA

María Elena Rivas Lucena

Abogada Fiscal Sustituta Provincia de Guadalajara

SUMARIO: *I. Introducción. II. Fundamentos y garantías. III. Vehículo de garantía: suspensión. IV. Conclusiones. V. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

La suspensión, como beneficio penitenciario, es una figura que ha de irradiar sus efectos, no solo al inicio de la condena sino a aquellas situaciones en las que durante su ejecución el reo no es capaz de entender el sentido de la pena.

La pena o privación de libertad ha de estar regida por un sentido, a fin de alejarse de los parajes de la sociedad en las que la ley de talión rigió las relaciones sociales y la interacción con el estamento público. Ese sentido se define a través de las teorías de prevención general y especial, primando durante la ejecución de la pena, la resocialización.

El sentido anteriormente mencionado ha de ser percibido dualmente, por la sociedad y por el sometido a la pena, la primera, de forma abstracta como conciencia colectiva, el segundo, de forma individualmente consciente, esto es, el reo o, sometido a la pena, ha de tener capacidad durante todo el transcurso de aquella para comprender, que no aceptar, el sentido que las leyes otorgan a la punición.

En aquellos casos en los que se produce la pérdida conceptual del entendimiento se ha de articular unos mecanismos para transitar, que no disolver, la relación entre castigo (pena), acción, autor (reo). La articulación ha recaído en el ámbito de la suspensión de la pena privativa de libertad.

II. FUNDAMENTOS Y GARANTÍAS

El Código Penal, en su art 60, prevé que, tras la declaración de firmeza de la sentencia, se produzca una situación en el penado de trastorno mental grave, de forma duradera, que impida al penado conocer el sentido de la pena. El primer efecto es la suspensión de la pena privativa de libertad, por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria, facultando para decretar la imposición de una medida de

seguridad privativa de libertad dentro del catálogo cerrado previsto en el Código Penal, con un límite, no podrá ser más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de pena de distinta naturaleza, se faculta al órgano jurisdiccional para suspender la ejecución de aquella, valorando si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena¹.

Estamos, pues, ante una situación de anomalía o alteración psíquica que no ha afectado a la ejecución del hecho delictivo, lo que hubiese dado lugar a la aplicación de posibles atenuantes o eximentes, completas o incompletas, de acuerdo con los art 20 y 21 del Texto Punitivo, sino una situación de afección o disminución de la salud mental durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

Si partimos de la idea del Derecho como instrumento de ordenación de la vida social, dentro del interés general, el Derecho Penal se legitima por el marco preventivo que motiva las sanciones frente a las conductas delictivas, desarrolla en las aristas garantistas propias del Estado de Derecho que reconoce la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales (art 10 de la CE) como fundamento del orden político y de la paz social. Constituyendo este reconocimiento el fundamento del principio culpabilístico y proporcionalidad.

Asimismo, la ejecución de la pena está orientada hacia la reeducación y reinserción social, no se ha de olvidar que la Constitución Española en su art 25 dispone que las penas y medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social, declarando el Tribunal Constitucional que estamos ante un principio constitucional orientador de la política penal y penitenciaria española.

Se puede decir, por tanto, que la pena cumple una función preventiva general, preventiva especial bajo la premisa de principios garantistas. Este conjunto de elementos ha sido asociado de diversa índole según las posiciones preventivas o garantistas de la doctrina.

¹ “Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

Pero sea cual sea la combinación de prevención (general/especial) lo cierto, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, lo característico del Derecho Penal moderno no se halla en lo punitivo, sino que su singularidad se encuentra en ser “Derecho”, en el sometimiento del fenómeno punitivo al cumplimiento de fines que trascienden de lo punitivo y alcanzar un contenido garantístico, que “los aspectos garantísticos no sólo deben tenerse en cuenta en el momento de la imposición de una pena concreta, sino que inciden directamente en la justificación del Derecho penal moderno. (...) La idea es, en definitiva, que el Derecho penal no se legitima sólo por el fundamento utilitarista, sino que es preciso que responda también - en toda su globalidad como institución - a las exigencias garantísticas”.

Porque solo, en una institución que responda a exigencias garantistas, tiene cabida la redacción del art 60 del CP.

Por otro lado, la Ley General Penitenciaria establece en su art 59 como objetivo del tratamiento penitenciario la reeducación y reinserción social, promoviendo “la intención y la capacidad de vivir respetar la ley penal, así como subvenir sus necesidades”.

Esta exigencia garantista en unión con la finalidad del tratamiento penitenciario se ha de extrapolar al campo de la imputabilidad, esto es, la imposición de la pena ante la comisión de un hecho delictivo tiene como premisa la capacidad del autor de comprender la ilicitud/antijuricidad de su conducta y actuar conforme a esa comprensión. De forma que, si durante la ejecución de la pena, el penado no puede comprender la finalidad de la pena en sí misma, a causa de una afección mental grave, la pena deja de ser útil en sí misma.

Esta ausencia de utilidad determina la necesidad de articular instrumentos que se adecuen a la situación de demencia sobrevenida del penado, para ello, el Código Penal, se decanta por la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

III. VEHÍCULO DE GARANTÍA: SUSPENSIÓN

La suspensión de la pena privativa de libertad es una figura que tiene su regulación en el art 80 y siguientes del Código Penal, un beneficio que “se inspira en la necesidad de evitar el efecto corruptor derivado de la vida en prisión para los delincuentes primarios condenados a penas privativas de libertad de corta duración cuando presentan un pronóstico favorable de no cometer en el futuro

nuevos delitos”². Y, se encuentra sometida a una serie de requisitos temporales y ambientales, condicionada, en todo caso, a que no delinca durante el periodo de suspensión.

Por el contrario, la suspensión de la ejecución de la pena privativa por demencia sobrevenida, no se encuentra sometida a estos requisitos mencionados de tiempo y ambientales, en tanto, no se trata de evitar el efecto corruptor de la vida en prisión sino de situaciones donde la inocuización propia de las penas privativas de libertad decae frente al no entendimiento de la finalidad de la pena.

Estamos, por ende, ante una figura con el mismo efecto, la suspensión de la pena privativa de libertad, pero con distinta morfología, en tanto el detonante no es el beneficio de la oportunidad a condenados primarios, sino la protección garantista propia de un Estado de Derecho ante situaciones de demencia que impide comprender el fin en sí mismo de la pena. Sometida, así mismo, a condiciones de naturaleza opuesta, en tanto, la suspensión en consonancia con el beneficio de la oportunidad se condiciona a que no delinca, esto es, no quiebre la confianza que se ha puesto en el penado. Y la suspensión de la pena privativa de libertad se condiciona a la ausencia de entendimiento, es decir, se mantendrá la suspensión mientras no sea útil por la falta de entendimiento.

En consonancia con la naturaleza del leitmotiv de la suspensión, objeto de estudio en este trabajo, acordada la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, el Juez garantizara que reciba la atención médica que precise. En estos casos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, mediante incidente contradictorio previstos en los art 991 a 994 de la LECr, suspenderá la ejecución de la pena y garantizará atención médica. En los preceptos mencionados con un lenguaje propio de la época en la que se redactó la LECr, se regula el incidente mediante un expediente informativo ante la sospecha de afección mental, con examen y certificación de los facultativos, se informara al Juez que dará audiencia al Ministerio Fiscal y a la acusación particular si la hubiere, así como a la defensa del penado, acordando la práctica de la medios de prueba necesario para comprobar el estado mental del penado, sustanciándose el expediente en juicio contradictorio si hubiere oposición y juicio ordinario si no la hubiera, se dictará fallo que corresponda, pudiéndose trasladar al establecimiento.

Ahora bien, hay que tener en cuenta, la reforma experimentada, por Ley 1/2015 del precepto (art 60) pues con anterioridad a ésta, se disponía que “Cuando después de pronunciada sentencia firme se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el

² Exposición de Motivos ley 1/2015.

sentido de la pena se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o Tribunal por razones de equidad pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente”.

Y, es necesario tener en cuenta la reforma, porque la actual redacción, faculta la aplicación de medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en el Código Penal, con ello, se responde a los vacíos que el principio de legalidad imponía al impedir el examen de la posible peligrosidad criminal en el comportamiento futuro del reo. Una reforma de tintes preventivos pues la asistencia médica precisa se traducía en el uso de las herramientas previstas en el ordenamiento jurídico mediante la incapacitación y posible internamiento, conforme a la LEC y Ley de Jurisdicción Voluntaria. En este sentido, el propio precepto, prevé, con carácter previo a la extinción de la pena, la remisión al Ministerio Fiscal, a efectos de instar declaración de incapacidad conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Hemos hecho referencia al mantenimiento de la suspensión de la pena privativa de libertad por demencia sobrevenida, utilizando como medidor la ausencia de utilidad de la pena. Con ello, no podemos entender la inalterabilidad de la misma, sino que está sujeta a la propia evolución del estado de salud mental del penado, de forma que, si éste recupera la salud, se procederá al cumplimiento de la pena, siempre que no hubiese prescrito, esto es, se aplica los criterios cronológicos previstos en el artículo 133 del Código Penal, que anuda un límite temporal atendiendo a la duración de la pena impuesta por sentencia firme, desglosándolas según sean penas graves, menos graves o leves, con la excepción de las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que no prescribirán en ningún caso. Ahora bien, este criterio objetivo se modula atendiendo a la equidad, facultando al órgano jurisdiccional a dar por extinguida la condena o reducir su duración, atendiendo a la finalidad resocializadora de la pena inicialmente impuesta, al fijar la ley que “resulte innecesario o contraproducente” el cumplimiento de la sanción punitiva.

Para finalizar, breve mención de la ampliación de la suspensión de las penas causada por demencia sobrevenida a las penas de otras naturalezas, en las que el Juez de Vigilancia Penitenciaria valorará

si la situación del penado le impide comprender el sentido de la pena, imponiendo, en su caso, medida de seguridad.

IV. CONCLUSIONES

La demencia sobrevenida, tal como refleja su nombre es una situación posterior al juicio de imputabilidad que se efectúa con anterioridad a la condena, esta última no se halla definida legalmente sino que el Código Penal consigna de forma excluyente los supuestos en los que el sujeto no es imputable, esto es, los apartados primero, segundo y tercero del art 20 del Texto punitivo, bajo las expresiones “ no tener conocimiento de la ilicitud del hecho” y “sufrir alteración de la voluntad”, ofrecen las herramientas de conocimiento y voluntad como criterios rectores que adecuan la imputabilidad o, en su caso, inimputabilidad.

Entendemos que la demencia sobrevenida no puede conllevar un nuevo juicio de conocimiento y voluntad sobre la acción y el resultado, pues supondría una vulneración del principio de seguridad jurídica del ordenamiento que, por otro lado, articula los mecanismos de recurso frente al dictado de la sentencia. Sino que, sobre la base del conocimiento y voluntad, se redirige a situaciones de enfermedad mental que interfiere con la vida cotidiana y, por ende, con el sentido de la pena.

Como se ha mencionado el instrumento articulado por el ordenamiento ante situaciones de demencia sobrevenida es la suspensión de la pena privativa de libertad, extensible a penas de otras naturalezas. Con ello, no se rompe el vínculo nacido de la sentencia condenatoria, sino que queda en letargo, sometido al desenlace de la evolución de la enfermedad mental con los límites temporales de la prescripción. Periodo en el que, tras la reforma de LO 1/2015, se efectúa un segundo juicio, el pronóstico de peligrosidad criminal del sujeto, al objeto de la posibilidad de adopción de medidas de seguridad previstas en la ley. De forma que, la garantía, intención primigenia de la Ley, ante situaciones de no comprensión del sentido de la pena ha cedido frente a la necesidad preventiva de la sociedad, en tanto, las medidas de seguridad han ocupado, cuando el pronóstico de comportamiento futuro así lo indique, la posición de la incapacitación y los tratamientos, incluido el internamiento, abocados para la recuperación de la capacidad o la protección del incapaz.

V. BIBLIOGRAFÍA

MIR PUIG «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de los límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU ET AL. (dirs.), Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), t. II, 2009, pp. 1357-1382; Bases constitucionales del Derecho penal, 2011, pp. 94 ss. El principio de proporcionalidad penal, 2014; MIR PUIG, ¿Qué queda en pie de la resocialización?, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994.

AGUADO CORREA, «El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto».

BERNAL PULIDO, «Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal»

FLORES PRADA. Derechos fundamentales y garantías del investigado con trastorno mental en el moderno sistema de justicia penal.

<https://observatoriodiscapacidad.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2020/10/Derechos-y-Garantias-del-Investigado-con-Trastorno-Mental-en-la-Justicia-Penal-Espana>.

GRACIA MARTIN, en (coord.), Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2006.

LUZÓN PEÑA Medición de la pena y substitutivos penales, 1979, p. 48.

SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, **1992**, ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 3, nm. 37-39.

FGE Circular 5/1989.

EDJ 2005/171590 STC 251/2005 de 10 de octubre.

SSTC 2/1987 y 29/1988.

Jurisprudencia Civil

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECIENTE SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN A CAUSA DE LA DECLARACIÓN CONCURSAL, Y MENCIÓN A SU EFECTO SOBRE LA ACCIÓN SUBROGATORIA DEL ARTÍCULO 1.111 CC

Jesús Corral Rasero

Abogado adscrito al Ilustre Colegio de Abogados de Terrassa

SUMARIO: *I. Introducción. II. Jurisprudencia reciente sobre la interrupción de la prescripción producida por la declaración del concurso. 1. STS 737/2014, de 22 de diciembre: la interrupción de la prescripción se aplica a toda acción de responsabilidad, ya sea social o individual. 2. STS 181/2017, de 13 de marzo: la interrupción de la prescripción se aplica sobre créditos concursales, no sobre créditos contra la masa. 3. STS 710/2021, de 20 de octubre: la interrupción de la prescripción no se extiende a las acciones frente a codeudores solidarios con el deudor concursado. 4. STS 5/2024, de 8 de enero: la interrupción de la prescripción se aplica a las acciones de los acreedores contra el concursado, no a las acciones del concursado contra sus deudores. III. La acción subrogatoria del art. 1.111 CC: ¿cabe la interrupción de su prescripción por la declaración del concurso? IV. Conclusiones. V. Bibliografía y jurisprudencia.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las primeras sentencias del Tribunal Supremo en este año 2024 aborda una nueva arista de un tema ya perfilado en anteriores resoluciones: Los efectos interruptivos que tiene la declaración del concurso sobre las acciones de contenido patrimonial que puedan interponerse contra el concursado. Esta interrupción está prevista en el artículo 155 del Texto Refundido de la Ley Concursal (RD Leg. 1/2020, de 5 de mayo), y anteriormente lo estuvo en el artículo 60 de la Ley Concursal. La caracterización resultante de esta serie de sentencias no va más allá de una interpretación literal de diversos aspectos del artículo, cuyo interés más allá de la confirmación de dicha literalidad radica en que se descartan interpretaciones extensivas que resultarían ajenas no solo a la literalidad sino también al concreto propósito al que responde el propio proceso concursal: La preservación de la masa activa de bienes y derechos del concursado al momento de declararse el concurso y de los que puedan reintegrarse al mismo hasta su conclusión, y a resultas de ello procurar

una solución ponderada y ordenada para los derechos de realización de los créditos de los acreedores y la viabilidad económica del concursado. Consecuentemente a resultas de la declaración inicial del concurso se despliegan múltiples efectos de previsión legal y de muy diversa naturaleza, sea sobre acciones declarativas y ejecutivas, sobre los acreedores, o sobre la actividad del concursado entre otros ámbitos. Concretamente respecto a los créditos en particular encontramos concretas previsiones legales respecto a créditos en particular: La suspensión del devengo de intereses (arts. 152 TRLC, 59 LC) y del derecho de retención (art. 154 TRLC), la preclusión de compensaciones de créditos (arts. 153 TRLC, 58 LC), y al caso que aquí nos ocupa, la interrupción de la prescripción de acciones contra el deudor por créditos previos al concurso (arts. 155 TRLC y 60 LC).

Como otras formas especiales de interrupción prescriptiva previstas con carácter singular en la legislación, se suma a las formas generales previstas en el artículo 1.973 del Código Civil (ejercicio de la acción judicial, reclamación extrajudicial, reconocimiento de deuda) o el artículo 944 del Código de Comercio. El hecho determinante es el mismo auto judicial que acuerda la declaración del concurso despliega de inmediato conforme al artículo 32 TRLC la eficacia de los efectos legales previstos, alcance que está también limitado y definido por la propia normativa respecto a qué acciones en concreto contra el concursado u otras figuras relacionadas en la realidad concursal se ven efectivamente interrumpidas en el cómputo de su prescripción por el referido auto judicial. Esta delimitación la expone el propio artículo 155 TRLC:

Art. 155. Interrupción de la prescripción.

- 1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.*
- 2. La interrupción de la prescripción no producirá efectos frente a los deudores solidarios, así como tampoco frente a los fiadores y avalistas.*
- 3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra los administradores, los liquidadores, la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica, y la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, así como contra los auditores de la persona jurídica concursada y aquellas otras cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.*

4. En caso de interrupción, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente a la fecha de la conclusión del concurso.

Es oportuno recordar que esta redacción del artículo 155 TRLC es muy similar a la que tenía el artículo 60 LC, cuasi literal:

Art. 60. Interrupción de la prescripción.

1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.

2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas.¹

3. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora. También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley.

4. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

A continuación, exponemos de qué modo el Tribunal Supremo en los últimos años ha tenido ocasión de contribuir a la clarificación de los concretos alcances de este efecto, delimitación tanto objetiva (respecto a la particular concreción de qué acciones y qué créditos resultan o no interrumpidos) como subjetiva (respecto a qué personas en función de su concreta relación con el concursado resultan o no alcanzados por el efecto interruptivo).

II. JURISPRUDENCIA SOBRE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN PRODUCIDA POR LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

1. STS 737/2014, de 22 de diciembre: La interrupción de la prescripción se aplica a toda acción de responsabilidad, ya sea social o individual

La Sala 1ª del Tribunal Supremo aclaró en su sentencia 737/2014, de 22 de diciembre, que los efectos interruptivos de la prescripción atribuidos por ley a la declaración de concurso son para todas las

¹ Este apartado 2 se introdujo en el artículo 60 con la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

acciones de responsabilidad susceptibles de interponerse, sin establecer diferencias a esos efectos en el hecho de que se trate de una acción de responsabilidad directa, de si es una acción social o contractual, o de responsabilidad extracontractual. El artículo 60 de la Ley Concursal prevé expresamente en su apartado primero la interrupción tanto para las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración, y en su apartado segundo la hace extensiva para las acciones contra socios, administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.

La sentencia describe en su fundamento jurídico 7º cómo sí existen diferencias respecto al tratamiento concursal que puedan tener las acciones contra administradores o auditores de una sociedad mercantil en función del tipo de acción ejercitada. De este modo la declaración de concurso no supone la suspensión de la acción social contra los administradores, sino que se restringe la legitimación activa en exclusiva al administrador concursal (art. 48 quater LC), se atribuye al juez del concurso la competencia sobre la acción (art. 8.7 LC), y se acumulan de oficio al concurso todos aquellos procedimientos ya iniciados en primera instancia en ejercicio de tales acciones y que no hayan finalizado el acto de juicio (art. 51.1 LC). Igualmente, respecto a la inadmisión a trámite (y la suspensión de los procedimientos pendientes) (arts. 50.2 y 51 bis.1 LC) de todas aquellas reclamaciones de obligaciones sociales contra los administradores de sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución.

Pero ninguna de aquellas particulares previsiones es de aplicación sobre las acciones individuales que puedan ejercitar terceros perjudicados al margen del concurso, y muy concretamente sin que la declaración del mismo imponga ningún tipo de suspensión al ejercicio de tales acciones individuales: La resolución recuerda que *la interrupción de la prescripción no va ligada necesariamente a la suspensión o paralización de la acción, siendo posible que estando interrumpida la prescripción pueda ejercitarse la acción*. La interrupción de la prescripción estaría aquí justificada por razones distintas a las correspondientes respecto de la acción directa contra los administradores, pues en este caso al acreedor de la sociedad -en tanto que tercero perjudicado- le convendrá esperar a ver cómo se desarrolla el concurso en la medida en que ello incida en el perjuicio del que deban resarcirle los administradores con la acción individual y también a efectos de conocer (y establecer la acreditación de) las conductas de estos últimos que puedan fundamentar su acción de responsabilidad. Es indiferente el hecho de que la declaración del concurso no afecte en este caso concreto al ejercicio en sí de la acción.

En realidad, la interpretación seguida por esta sentencia no deja de ser la propia literalidad del artículo 60, reconociendo la interrupción de la prescripción "*a cualesquiera acciones de responsabilidad*" susceptibles de ser ejercitadas frente a los administradores o auditores de la sociedad concursada.

2. STS 181/2017, de 13 de marzo: La interrupción de la prescripción se aplica sobre créditos concursales, no sobre créditos contra la masa

Esta resolución aclara tangencialmente otra posible confusión acerca del ámbito de aplicación de la interrupción prescriptiva operada por la declaración concursal, en este caso entre créditos concursales y créditos contra la masa. A partir de negar la posibilidad de la aplicación analógica del artículo 58 LC (que prohíbe la compensación de créditos y deudas del concursado tras la declaración de concurso) a los créditos contra la masa, la sentencia aclara en su fundamento jurídico tercero que los artículos 58, 59 y 60 LC conforman un bloque de efectos (caracterizados bajo la rúbrica "efectos sobre los créditos en particular" en la sección 3ª del capítulo II del título tercero de la LC) únicamente previstos por el legislador para los créditos concursales. De modo que al no estar integrados en la masa pasiva y no estar afectados por la solución concursal, no están sujetos a la *par conditio creditorum*, por lo que puede procederse a su pago en principio al margen del convenio o liquidación, pudiendo por tanto compensarse con créditos del concursado, pagarse con los intereses que se devenguen legal o consensualmente, sin suspensión del derecho de retención y, según el aspecto que aquí nos ocupa, sin que la acción que reclame su pago quede afecta por la interrupción de la prescripción producida por la declaración del concurso (junto al resto de efectos ya citados).

Cuestión ajena es que, durante el desarrollo del concurso, la acción de reclamación de pago por un crédito contra la masa se verá interrumpida en su prescripción por el hecho de que dicho crédito sea como tal reconocido en los informes del administrador concursal (ya sean provisionales, definitivos, lista de acreedores o informes trimestrales de liquidación)², pero ello será en todo caso por aplicación de las reglas generales de prescripción de los derechos y acciones, no como un efecto propio y específico de la norma concursal sino por el reconocimiento de deuda que opera de acuerdo al artículo 1973 in fine del Código Civil.

3. STS 710/2021, de 20 de octubre: La interrupción de la prescripción no se extiende a las

² FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P.: Tres cuestiones sobre créditos contra la masa, 2019, pg. 5.

acciones frente a codeudores solidarios con el deudor concursado

Entre otras cuestiones en estos autos se valoraba si respecto de una sociedad declarada en concurso, que previamente resultó condenada en un laudo arbitral al pago de una cantidad al demandante aquí recurrente y de cuyo adeudo podía predicarse la responsabilidad solidaria de otra mercantil - resultante de una escisión parcial de la que resultó condenada en el laudo arbitral-, el acreedor que debía percibir el importe de dicha condena podía ver satisfecho su derecho únicamente en la ejecución del convenio concursal -mediante incidente ante el juez del concurso- o también podría instar un procedimiento declarativo ordinario ante otro juzgado.

La sentencia manifiesta que la apertura del concurso tan solo veda la posibilidad de instar acciones patrimoniales contra la mercantil concursada, pero ello no obsta a dirigirse contra los obligados solidariamente con el concursado. Y para refrendar esa posibilidad la Sala apunta que la interrupción de la prescripción de acciones contra el concursado producida con la apertura del concurso se extiende a las acciones contra socios, administradores, liquidadores y auditores de la concursada conforme al artículo 60.1 LC, pero no se extiende a las acciones contra los deudores solidarios conforme al artículo 60.2 prevé expresamente, así como tampoco a fiadores y avalistas. Igualmente, el artículo 97.4. 3º incluye previsiones sobre la clasificación del crédito respecto a aquel acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado durante la tramitación del concurso, constatando la independiente posibilidad de tales reclamaciones fuera del concurso; y por tanto no sometidas a las limitaciones que resultan de su declaración y apertura.

4. STS 5/2024, de 8 de enero: La interrupción de la prescripción se aplica a las acciones de los acreedores contra el concursado, no a las acciones del concursado contra sus deudores

La última sentencia que reseñamos, muy reciente, sorprende por la aparente obviedad del cuestionamiento que la promueve, aunque en sentido adverso al pretendido por el recurrente, pues se plantea la extensión de la interrupción de la prescripción a las acciones que tenga el concursado contra sus deudores. Desde luego el artículo 60.1 LC (aún vigente al momento de declararse el concurso) únicamente prevé la interrupción de la prescripción *desde la declaración hasta la conclusión del concurso (...) de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración*, no diciendo nada sobre las acciones que le correspondan a este último como titular de créditos contra terceros, y por tanto únicamente interrumpibles en su prescripción conforme a los supuestos

generales del artículo 1973 del Código Civil. En principio el deslinde subjetivo entre unas u otras parece inequívoco atendiendo al distinto carácter activo o pasivo de la legitimación que en cada caso deba corresponder a la persona física o jurídica concursada.

III. LA ACCIÓN SUBROGATORIA DEL ART. 1.111 CC. ¿CABE LA INTERRUPCIÓN DE SU PRESCRIPCIÓN POR LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO?

Apartándonos del supuesto planteado en la última de las sentencias reseñadas pero con el propósito de problematizar el aparentemente simple esquema de posiciones que presenta, cabe cuestionarse qué efecto interruptivo puede llegar a tener la declaración del concurso sobre una hipotética acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil que previamente ya se hubiese instado por un acreedor del concursado respecto de un crédito conocido por aquél acreedor y que tuviera el concursado frente a un tercero, crédito que por diversas razones pudiera -o no- haberse hecho incluir en la masa activa del concurso. Como la sentencia recoge, la propia Ley Concursal permite al concursado (o al administrador concursal según el régimen de intervención dispuesto) ejercitar acciones frente a deudores pese a la declaración del concurso en el entendido de que "*pueden ser beneficiosas para el deudor y para sus acreedores, en cuanto pueden atraer dinero o bienes a la masa activa, "siempre que no ponga en riesgo la masa del concurso con eventuales costas y gastos procesales" (SSTS 295/2018, de 23 de mayo, y 570/2018, de 15 de octubre)*" (FJ 3º.3).

De este modo el artículo 54.4 LC (y en casi literalmente en los mismos términos el actual artículo 122 del TRLC como "legitimación subsidiaria de los acreedores") establece:

Art. 54.4 LC: Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme. Las acciones ejercitadas conforme al párrafo anterior se notificarán a la administración concursal.

Ciertamente el mecanismo previsto en el artículo 54.4 de la Ley Concursal ya facilita a los acreedores una vía que, si bien ni equivale ni se corresponde con la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil, es similar a efectos prácticos en tanto que atiende a mejorar la masa activa concursal. Sin embargo, esta opción del artículo 54 LC se instrumenta necesariamente con posterioridad a la declaración del concurso, a diferencia de la hipótesis que planteamos respecto a la acción subrogatoria que estaría dentro del ámbito del artículo 51.1 LC (juicios declarativos en los que el deudor sea parte y se encontraran en tramitación al momento de la declaración del concurso). Como señala MAS-GUINDAL también se distinguen en sus presupuestos, pues la acción subrogatoria del artículo 1.111 CC exigiría la previa persecución de todos los bienes del deudor, requisito ausente en la acción amparable por el artículo 54.4 LC aún a pesar del presupuesto objetivo de situación de insolvencia del que trae causa la propia declaración del concurso; De lo que deduce que no existe propiamente dicha una acción subrogatoria prevista en el procedimiento concursal pese a las similitudes finalistas con el artículo 54 LC³.

Se nos plantea así una aparente situación paradójica: ¿La acción subrogatoria del art. 1.111 CC puede ser o no interrumpida en su prescripción por la posterior declaración concursal en tanto que su ejercicio procesal no se dirige contra el concursado sino contra un deudor del concursado, o por el contrario sí resultaría sometida al efecto del 155 TRLC / 60 LC al ser una acción promovida por un acreedor del concursado en función de un derecho de crédito de este último?

La acción subrogatoria no supone una modificación en la persona del deudor ni en la titularidad de su derecho de crédito frente a sus deudores, sino únicamente la sustitución en la acción para exigir el pago a aquellos; No es un supuesto de representación ni se ejercita un derecho en nombre o interés ajeno, sino formalmente propio, siendo *más que una verdadera y propia acción un supuesto de legitimación extraordinaria que la ley otorga a los acreedores para ejercitar los derechos del deudor; (... por lo que consecuentemente...) las cantidades que así puedan obtenerse pasan a engrosar el patrimonio del deudor, y sin que incluso el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esa razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito*⁴. Por ello es una acción propiamente del concursado contra sus deudores, con independencia de la extraordinaria legitimación que la promociona por mano del acreedor; Es propiamente el titular de la acción, razón por la cual me

³ MAS-GUINDAL GARCÍA, J.: La compatibilidad de los distintos mecanismos de reintegración en el concurso, 2013, pg. 29.

⁴ AAP Baleares de 20 de octubre de 2017.

inclino a considerar que la misma no debería resultar afectada por la interrupción de la prescripción resultante de la declaración del concurso. De hecho esta hipotética acción, instada previamente a la declaración del concurso, no se estaba dirigiendo contra el patrimonio del deudor, sino a su favor, lo cual reafirma -ahora no sólo por un criterio subjetivo sino también finalista- la carencia de efectos de la declaración del concurso atendiendo a la pretendida funcionalidad preservadora que los mismos aspiran a proyectar sobre los créditos concursales que pudiera llegar a tener el deudor concursado, en evitación de que por la prosecución de su iniciativa pueda lograr una satisfacción de su crédito frente al de otros acreedores -lo cual no podría suceder nunca a resultas de la acción subrogatoria, pues el resultado de la condena solo puede integrarse en el patrimonio del titular del derecho de crédito que ha obtenido satisfacción, el del deudor en este caso concursado-.

IV. CONCLUSIONES

La primera impresión tras la lectura de las sentencias que aquí han sido brevemente reseñadas podría ser confirmatoria de la aparente simplicidad de presupuestos sobre los que debían proyectarse las previsiones interruptivas de los artículos 155 TRLC y 60 LC. Sin embargo, esa impresión se demostraría falsa en multitud de ocasiones, pues no es difícil imaginar oportunidades de fricción procesal pensando en acciones de índole patrimonial instadas por algún acreedor con carácter previo al concurso que, si bien posibles no son ciertamente frecuentes en su ejercicio. Tal ha sido el caso cuando leí la resolución del pasado 4 de enero de 2024, distinguiendo las acciones de los acreedores contra el concursado de aquellas que tuviese el concursado contra sus deudores, y pensé qué acomodo tendría por ejemplo la acción subrogatoria del 1.111 CC en esa diáfana disyuntiva. No cuesta imaginar la dificultad que pueda tener el juez del concurso -y también desde la propia perspectiva de la administración concursal- para advertir las exigencias derivadas de su armonización en situaciones particulares en las que la búsqueda de activos y responsables por parte de los acreedores pueda incorporar a su tramitación un intrincado arrastre de procedimientos declarativos pendientes de concluir con carácter previo a que se provisione la solicitud concursal o se dicte auto que declare el concurso.

Precisamente, por ello, conviene que la doctrina jurisprudencial acerca de los referidos efectos sea clara y clarificadora -adjetivos no necesariamente coincidentes pero que en el caso de las sentencias aquí comentadas concurren plenamente-. Creo entender que la vocación nomofiláctica del Alto

Tribunal se pone de manifiesto en la acertada voluntad de aprovechar la oportunidad que le brinda el *ius litigationis* casacional para desbrozar y deslindar alcances de aplicación que la praxis plantea aun cuando la legislación parece taxativa e inequívoca y no sea del todo incuestionable si acaso concurre interés casacional.

En ese propósito de responsable ordenación doctrinal también se percibe otra atención por parte de la Sala: Un detalle que no dejado de reiterar el TS en las ocasiones en que ha abordado la cuestión de la interrupción de la prescripción conforme a la ley concursal es la inexistencia de correlación entre los efectos suspensivos que la declaración del concurso pueda tener sobre determinadas acciones y la concreta interrupción de la prescripción que dicha declaración tiene sobre las acciones de responsabilidad que puedan plantearse. No existe esa equiparación consustancial en la ley, se tratan de dos efectos que no tienen por qué concurrir en paralelo respecto a una misma acción, y el Alto Tribunal insiste en despejar esta confusión; Muestra de ello el ATS 3 de noviembre de 2021, que inadmite un recurso de casación por esta misma razón: *El primer motivo del recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º LEC), ya que no se opone a la doctrina de la Sala, según la cual la interrupción de la prescripción no se refiere solamente a las acciones que pueda ejercitar la concursada, sino también terceros afectados, como los acreedores y distingue la interrupción de la prescripción de la suspensión o paralización de la acción, siendo posible que estando interrumpida la prescripción pueda ejercitarse la acción. En este sentido, la sentencia recurrida no indica, al contrario de lo que afirma la recurrente que se haya suspendido el ejercicio de la acción, sino únicamente que la acción no ha prescrito porque el plazo prescriptivo se ha interrumpido.*

Así pues la interrupción de la prescripción por aplicación del artículo 60 LC o 155 TRLC puede operar como protección de la masa activa del concurso en tanto que suspende acciones de contenido patrimonial contra el concursado mientras dure el concurso, pues el plazo prescriptivo no solo se interrumpe sino que se mantiene interrumpido hasta la conclusión del procedimiento concursal, pero que el plazo prescriptivo no corra durante ese lapso temporal no implica en sí mismo la suspensión efectiva del ejercicio de todas las acciones ejercitadas o ejercitables, máxime cuando se está reconociendo efecto interruptivo a acciones que no se están dirigiendo contra el patrimonio de la persona física o jurídica concursada sino de socios, administradores, liquidadores y auditores, sin perjuicio de su posible acumulación de oficio al procedimiento concursal (51.1 LC).

V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, P.: Tres cuestiones sobre créditos contra la masa, 15.04.2019, blog "Almacén de Derecho" (<https://almacenederecho.org/tres-cuestiones-sobre-creditos-contra-la-masa>) (consultado en enero de 2024).

MAS-GUINDAL GARCÍA, J.: La compatibilidad de los distintos mecanismos de reintegración en el concurso, Revista Digital Facultad de Derecho - UNED, nº 6, 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 737/2014, de 22 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Supremo 181/2017, de 13 de marzo.

Auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de octubre de 2017.

Sentencia del Tribunal Supremo 710/2021, de 20 de octubre.

Auto del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo 5/2024, de 8 de enero.

PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Anju Deb Rani

Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: *I. Definición del principio de interés superior del menor. Equivale o no a la voluntad expresada por el menor. II. Guarda y custodia. III. Sobre el cambio de guarda. Incidencia del principio de superior interés del menor. IV. Pensión de alimentos. V. Suspensión de régimen de visitas y comunicación. Principio de superior interés del menor. VI. Uso de vivienda familiar y el superior interés del menor. VII. Conclusión. VIII. Jurisprudencia comentada*

RESUMEN: *El superior principio de Favor Filli. Necesaria valoración y aplicación de este principio por los Jueces y Tribunales cuando adoptan medidas que afectan a menores y resuelven los efectos derivados de la ruptura de relación de unión de hecho, separación, disolución de matrimonio, cuando interviene un menor de edad.*

I. DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EQUIVALE O NO A LA VOLUNTAD EXPRESADA POR EL MENOR

El menor, como individuo en formación, precisa de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar.

En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (que es un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores), establece, como manifestaciones de dicho interés:

- i. promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad.
- ii. minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- iii. preparación del tránsito a la edad adulta e independiente.

En este contexto, el principio fundamental que debe regir para regular estas relaciones y que constituye un principio de orden público tal como expresan las sentencias SSTS 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre y 251/2018, de 25 de abril,

así como SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 o 81/2021, de 19 de abril, FJ 2) es el de la protección de fundamental interés y beneficio de los menores.

Conforme ha entendido el TC "el interés del menor debe interpretarse no como una discriminación positiva, sino que se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponde, a fin de que lleguen a ser mañana ciudadanos activos y perfectamente integrados en la sociedad" (STC 141/2000), teniendo en cuenta que precisamente por su minoría de edad, necesitan de la protección y defensa de los terceros.

En definitiva, el interés del menor vendrá delimitado por las normas generales aplicables (en particular por los artículos 10 y 39 de la CE que pretenden asegurar que en la crianza y formación del menor se garantice el libre y armónico desarrollo de su personalidad) por las específicas leyes sectoriales, interpretadas a la luz de los Convenios internacionales ratificados por el Estado y por las concretas circunstancias fácticas del caso. Corresponderá al juez, en último término, la labor de determinar cuál es el interés del menor en el caso concreto, valorando la situación concurrente en cada caso concreto.

Las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, subrayan que "el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". Por tanto, dicho principio constituye un valor superior y preferente respecto a los otros intereses que pudieran concurrir para resolver los supuestos de colisión o conflictos de derechos en el que el menor pueda hallarse inmerso y que no sean susceptibles de recíproca satisfacción.

Y, las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, estiman, por su parte, que "es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención", con referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York.

Por lo tanto, no resulta extraño la constante proclamación de la vigencia de tal interés superior que se refleja en las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 77/2018, de 5 de julio; 64/2019, de 9 de mayo; 99/2019, de 18 de julio; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril; 113/2021,

de 31 de mayo) y la jurisprudencia emanada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (SSTS 175/2021, de 29 de marzo; 438/2021, de 22 de junio; 705/2021, de 19 de octubre y 729/2021, de 27 de octubre entre otras muchas) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos; 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia; 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros también contra Francia; 12 de noviembre de 2013, caso Söderman contra Suecia; 18 de febrero de 2014, caso Fernández Cabanillas contra España entre otras muchas).

El Tribunal Supremo (sentencia 705/2021, de 19 de octubre) señala que "La valoración de las manifestaciones y la voluntad expresada por el menor deben valorarse de manera razonada con arreglo a la sana crítica, según la lógica y la experiencia del juzgador. Además, esa voluntad debe ponderarse en función del interés superior del menor que, no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso, configurándose como un verdadero concepto jurídico indeterminado".

Centrándonos en la definición del interés superior del menor, ha sido la doctrina la que se ha encargado de establecer un concepto, relacionándolo bien a) con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, étnico y cultural; b) bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente, c) con la protección de sus derechos fundamentales (sentencias 76/2015, de 17 de febrero, y 93/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas).

Este principio del interés del menor principio reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27, Convención sobre los derechos del Niño y artículos 12 y 15 del Reglamento de la Unión Europea, 2201/2003, de 27 de noviembre, es el que rige en todo lo concerniente a la potestad de los hijos y ejercicio de la misma y del deber de custodia. Toda decisión que se adopte en cualquier tipo de proceso y en relación a los hijos menores de edad ha de adoptarse considerando prioritario el beneficio del menor, valorando sus necesidades presentes y futuras y también, si ello es posible, su voluntad.

En consecuencia, no puede confundirse el interés superior del menor con sus deseos, ni puede convertirse en vinculante su opinión cuando las razones expuestas no sean atendibles en atención a la colisión con otros derechos y en base a criterios que deben ser valorados por el tribunal en cada

caso concreto.

II. GUARDA Y CUSTODIA

La disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modificó el art. 92 Código Civil (en adelante CC).

En lo que resulta de interés en el presente artículo, el apartado 2 del art. 92 CC establece: *El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.* La exigencia de motivación en todas las sentencias constituye la expresión de la mayor relevancia constitucional del principio del interés del menor.

Según dicción literal del art. 92.3 CC: *En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.* Continúa diciendo el apartado 4: *Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.*

El apartado 6 dice: *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

El apartado 8 es del siguiente tenor literal: *Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

El apartado 9 no ha sido modificado: *El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.*

En lo concerniente al propósito del legislador y el sentido de la reforma del art. 92 por la Ley Orgánica 8/2021 hemos de situarnos en la exposición de motivos de la citada Ley: *para reforzar el interés*

superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio, así como para asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia.

La jurisprudencia se cuida de poner de relieve que de lo que se trata es de motivar cuál es el sistema conveniente en cada caso atendiendo al criterio del interés superior del menor concreto a que se refiere el supuesto planteado.

En las SSTs 433/2016, de 27 de junio, 296/2017, de 12 de mayo, y 194/2018, de 6 de abril, entre otras, se reitera la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida. Y precisamente a partir de esa bondad, la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir el Tribunal sobre su guarda y custodia.

La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370 /2013). En materia de guarda y custodia compartida la suficiencia de la motivación, en íntima conexión con la valoración del interés del menor, se encuentra en estrecha relación con los parámetros a tener en cuenta para una adecuada identificación del interés.

III. SOBRE EL CAMBIO DE GUARDA. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR

Tras la modificación operada en el art. 90.3 CC por la Ley 15/2015, el TS entiende que la nueva redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia.

La Sala Civil y Penal del TSJC viene reiterando¹ la supremacía del interés del menor como el parámetro esencial para la determinación de los sistemas de guarda para posibilitar el desarrollo integral del menor, como viene exigido por el artículo 39 de la Constitución, los artículos 12 y 15 del Reglamento de la Unión europea 2201/2003 de 27 de noviembre, por los tratados internacionales (art. 3 Convención sobre los derechos del niño de 1989) y en el artículo 211.6.1 del CCCat.

Este principio del interés del menor es el que rige en todo lo concerniente a la potestad de los hijos y ejercicio de la misma y del deber de custodia. Toda decisión que se adopte en cualquier tipo de proceso y en relación a los hijos menores de edad ha de adoptarse considerando prioritario el

¹ En Sentencias de 31-7-2008, 5-9-2008, 25-6-2009, 3-3-2010, 8-3-2010, 30-5-2013, 14-10-2015.

beneficio del menor, valorando sus necesidades presentes y futuras y también, si ello es posible, su voluntad.

Un cambio de la modalidad de guarda requiere una justificación clara y determinante que tenga por causa una alteración sustancial de las circunstancias fundada en el interés del menor, es decir, que el interés y necesidades del menor hagan exigible ese cambio (arts. 775 LEC y arts. 211-6 CCC, art. 5 LDOIA, art. 3 CNUDI y 2,1 LOPM).

Cuando se pretende modificar el modelo de guarda, los requisitos del 775 LEC se examinarán desde el prisma del interés del menor de forma que solo se accederá a la modificación si se demuestra que es lo que requiere o necesita el menor (sentencia del TS de 5-4-2019-ROJ: STS 1411/2019 ECLI:ES:TS:2019:1411 y SSTSJ de 26 de julio de 2012, 9 de enero de 2014 y 12 de enero de 2017).

La Sentencia 705/2021, de 19 de octubre, del Tribunal Supremo ha declarado al respecto: "Esta sala ha insistido en que para promover la modificación de las medidas es suficiente con probar un cambio significativo, sin que se precise un cambio sustancial. Las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que basarse en "un cambio sustancial, pero sí cierto", tal y como reiteran, entre otras muchas, las sentencias 211/2019, de 5 de abril, 567/2017, de 19 de octubre; 242/2016, de 12 de abril; 559/2020, de 26 de octubre; 215/2019, de 5 de abril; 31/2019, de 19 de diciembre. Debiendo entenderse por manifestación de tal "cambio cierto", según declara la sentencia 311/2020, de 16 de junio: "[...] la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron, el tiempo transcurrido, la posibilidad de vivienda independiente del padre, la reconstrucción de sus vidas afectivas por parte de ambos progenitores, la idoneidad como educadores de ambos y la trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la custodia compartida, todo ello unido a un amplio régimen de vistas preexistente que va a facilitar la transición al actualmente fijado".

La Sentencia del 17 de marzo de 2021 STS AR (ROJ: STSJ AR 305/2021, que cita a su vez, la Sentencia 19/2014, rec. 13/2014: " El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 del Código Civil, ["alteración sustancial de circunstancias"] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de concurrencia de "causas o circunstancias relevantes", lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores. Por tanto, en relación a estas medidas, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas,

y ciertamente la tienen todas aquéllas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso, como ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos".

Por otra parte, como indicaba la sentencia del TSJC de 12 de enero de 2017, cuando se trate de modificar medidas referidas a los menores de edad, basta que en el procedimiento se alumbre una decisión que haya de ser más beneficiosa para el menor para que el Tribunal deba adoptarla ya que en cualquier procedimiento judicial, es el superior interés del menor el que ha de guiar las decisiones judiciales que le afecten. El mismo principio inspira y se recoge con carácter general en el art. 211-6 del Codi Civil de Catalunya y adquiere el carácter de parámetro esencial para la toma de decisiones que afecten a la responsabilidad parental en el artículo 233-8, apartado 3 del Libre II del Codi Civil de Catalunya.

Y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en su art. 65, regula las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.

IV. PENSIÓN DE ALIMENTOS

La doctrina jurisprudencial (fijada en SSTS de 1 de febrero de 2017, 30 de abril 2013, que reproducen las sentencias de 21 de septiembre y 21 de noviembre 2016) establece que, el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una relación anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades del hijo nacido con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no solo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos. Siendo así que, conforme a lo dispuesto en el artículo 145 del Código Civil, "cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar

alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo".

El TS dice que "el hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene ningún sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otro posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante".

En Sentencia de fecha 30 de abril de 2.013, el TS ha declarado -y citamos literal- que: "sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero sí es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos... Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo sí que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, - situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna"-.

V. SUSPENSIÓN DE RÉGIMEN DE VISITAS Y COMUNICACIÓN. PRINCIPIO DE SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR

El interés del menor es el principio al que debe atenderse a la hora de establecer medidas de protección y cuidado, de forma que la LO 1/2004, de 28 de diciembre, autoriza la suspensión y restricción al derecho de visitas, cuando el superior interés del menor así lo aconseje, pudiendo constituir justa causa determinados casos de violencia familiar o incumplimiento de deberes del progenitor.

La STS de 9 de julio de 2002, ha declarado que el derecho de visitas debe ser objeto de interpretación restrictiva y cede en casos de peligro concreto y real de la salud psíquica o moral de los menores.

El principio favor *fili* primará sobre cualquier otro interés legítimo con el que entre en conflicto, constituye un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido y alcance en cada caso ha de fijarse conforme a las circunstancias concurrentes, según los hechos admitidos y el resultado de la prueba practicada en el proceso, pero, en principio, la ampliación del régimen de visitas en favor del progenitor no custodio no conculca el interés superior del menor, porque precisamente ese interés se encuentra en favorecer al máximo la relación del hijo con sus padres, aunque estos se encuentren separados, salvo que excepcionalmente, ello resulte desaconsejable (art. 60 del CDFA).

Como señala la STS, Civil sección 1 del 26 de septiembre de 2022²: "Los padres constituyen el centro del núcleo afectivo y de dependencia de su prole. A un niño o a una niña, que disfruta de lazos afectivos y de apego seguro con sus progenitores, no se le puede privar del contacto y comunicación con ellos, lo que se configura como un derecho del menor, una de cuyas plurales manifestaciones normativas se encuentra en el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando proclama que: "Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses". En los mismos términos, se pronuncia el tenor literal del art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: "3. Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño."

El art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 estipula que "En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño."

Y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor viene a señalar que: *1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a*

² ROJ: STS 3402/2022 ECLI:ES:TS: 2022:3402.

los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...

En efecto, pueden concurrir circunstancias que justifiquen la limitación del régimen de comunicación o su suspensión, en tanto en cuanto un régimen de visitas impuesto resulte perjudicial para el interés superior de los menores, pues las medidas que deben adoptarse al respecto "son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor", como expresa la STS 170/2016, de 17 de marzo.

El TS, ha establecido, como doctrina jurisprudencial, en Sentencia 680/2015, de 26 de noviembre y 54/2011, de 11 de febrero que: "[...] el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes".

VI. USO DE VIVIENDA FAMILIAR Y EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR

En torno a dicha controversia la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2018, n.º 641/2018, de la que fue Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, trae a colación la doctrina reflejada en la dictada por dicho tribunal con fecha de 1 de abril, n.º 221/2011, y otras posteriores, a saber: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC". Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias posteriores (236/2011, de 14 abril; 257/2012, de 26 abril; 117/2017, de 22 de febrero y 168/2017 de 8 marzo).

Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, y otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges:

1. el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación.
2. que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios. Ello requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor (sentencias 671/2012, de 5 de noviembre; 284/2016, de 3 de mayo; 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018 de 4 abril).

La remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de Protección Jurídica del Menor, que se encarga de desarrollar y reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario teniendo en cuenta, entre otras cosas:

- a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y,
- b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

En la normativa sectorial, resulta de interés la regulación contemplada en el Código Civil de Catalunya, cuyo art. 233.20 establece que, si no existe acuerdo entre las partes, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta. Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor que no tiene su guarda en caso de que sea el más necesitado si quien tiene la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.

Por otra parte, se puede excluir el uso si el cónyuge beneficiario por razón de la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos o cuando el progenitor que debiera ceder el uso puede asumir el pago de una cantidad que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de los hijos (art. 233-21 CCCat).

En orden a la extinción del derecho de uso se prevé que, si se atribuyó por razón de la guarda de los hijos, se produzca cuando la misma finalice (art. 233.24.1 CCCat), pero no se prevé que la duración

en estos casos quede supeditada a la división de la vivienda en copropiedad, sin perjuicio de que al producirse la liquidación la primera opción, según el art. 552.11 CCCat, es que uno de los propietarios pueda mostrar interés por la adquisición y en el caso de ser la persona que tenga el uso de la vivienda, ambos derechos se confundirían porque la propiedad ya llevaría consigo el uso.

En el sistema que se rige por el Código Civil de Catalunya, la idea que subyace es que tras el cese de la convivencia marital los inmuebles deben volver cuanto antes al régimen jurídico ordinario que liga el goce con la titularidad del bien "salvo que intereses superiores exijan otra solución como sería el caso de la existencia de hijos menores"³.

Como se pone de manifiesto en la Sentencia del TSJC de 25 de octubre de 2015, la nueva normativa parte de una mayor flexibilización en orden a la atribución del uso de la vivienda. Lo dice con claridad el Preámbulo del libro II del CCCat cuando aborda este tema: "Las reglas sobre la atribución del uso de la vivienda familiar presentan novedades importantes. A pesar de partir de atribuirlo, preferentemente, al cónyuge a quien corresponda la guarda de los hijos, se pone énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto. Por ello, se prevé que, a solicitud del interesado, pueda excluirse la atribución del uso de la vivienda familiar si quien fuese beneficiario tiene medios suficientes para cubrir sus necesidades y las de los hijos, o bien si quien debe cederlo puede asumir y garantizar suficientemente el pago de los alimentos a los hijos y la prestación que pueda corresponder al cónyuge en una cuantía que permita cubrir las necesidades de vivienda de este. Inversamente, si pese a corresponder a un cónyuge el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad de este se prolongue después de llegar los hijos a la mayoría de edad, la atribución del uso de la vivienda familiar puede hacerse inicialmente por este concepto. En todo caso, la atribución por razón de la necesidad es siempre temporal, sin perjuicio de que puedan instarse las prórrogas que procedan.

En definitiva, en relación con la modificación relativa al uso de la vivienda familiar, se debe atender a las circunstancias del caso concreto para determinar cuál es el "interés más necesitado de protección".

VII. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, se debe tener presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del

³ STSJCat 21 de febrero de 2023 con cita de las sentencias 57/2018, 7/2017 y 68/2015.

Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Los menores precisan de cuidados y atenciones especiales, y los Jueces y Tribunales desempeñan una función esencial en ese cometido con el fin de salvaguardar y garantizar el superior interés del menor, principio básico de beneficio de los menores que debe regir tanto para la actuación de los progenitores como para la toma de decisiones por los Jueces y Tribunales, y que se concreta en facilitar el desarrollo integral de los menores, de manera que pueda incorporar las potencialidades educativas y culturales tanto del núcleo paterno como del materno, en un entorno adecuado, libre de violencia, que le permita el desarrollo de sus capacidades, de acuerdo con su personalidad.

En definitiva, las medidas que afectan a los menores deben establecerse en función del superior interés de los menores, siendo el Favor Filii el principio inspirador de cualquier decisión que les afecte o pueda afectar, que se resume en la protección integral de los hijos, entendiéndose como superior a cualquier otro derecho el del menor y que debe orientar la actuación judicial.

VIII. JURISPRUDENCIA COMENTADA

STS 3830/2023, 26 de septiembre de 2023. Recurso nº 7527/2022.

STS de 1 de febrero de 2017.

STS 170/2016, de 17 de marzo.

SSTS 680/2015, de 26 de noviembre y 54/2011, de 11 de febrero.

SSTC 64/2019, de 9 de mayo; 178/2020, de 14 de diciembre; 81/2021, de 19 de abril, y 113/2021, de 31 de mayo.

SAP B 6738/2023, 13 de julio de 2023. Recurso nº 161/2023.

SAP C 1883/2023, 21 de julio de 2023. Recurso nº 626/2022.

SAP B 8232/2023, 24 de julio de 2023. Recurso nº 910/2022

SAP M 11471/2023, 27 de junio de 2023. Recurso nº 47/2023.

SAP B 7144/2023, 28 de junio de 2023. Recurso nº 1009/2022.

SAP B 8234/2023, 21 de julio de 2023. Recurso nº 757/2022.

SAP B 8237/2023, 24 de julio de 2023. Recurso nº 1135/2022.

SAP B 7195/2023, 27 de junio de 2023. Recurso nº 855/2022.

SAP B 2183/2023, 20 de julio de 2023. Recurso nº 980/2022.

STSJ AR 1121/2023, Sala de lo Civil y Penal, 13 de julio de 2023. Recurso nº 10/2023.

SAP M 11914/2023, 27 de junio de 2023. Recurso nº 1290/2021.

SAP M 11914/2023, 27 de junio de 2023. Recurso nº 1290/2021.

SAP B 7584/2023, 28 de junio de 2023. Recurso nº 683/2022

SAP M 11471/2023, 27 de junio de 2023. Recurso nº 47/2023.

SOBRE LA DEMANDA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR POR INTROMISIÓN EN FICHERO DE MOROSOS. LA TRANSCENDENTAL SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 2022 DEL TRIBUNAL SUPREMO

Carmen López Courchoud

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

SUMARIO: *I. Introducción. II. Antecedentes del caso. III. Pronunciamientos judiciales en la instancia y la alzada. 1. La Primera Instancia. 2. La apelación. IV. Del recurso extraordinario por infracción procesal. V. Del recurso de casación. 1. El requisito de existencia de una deuda cierta, vencida, líquida y exigible. 2. Trascendencia de art. 20.1 c) de la lo 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, respecto del requisito del requerimiento previo de pago VI. Conclusión VII. Jurisprudencia y Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto el análisis de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2022. En el caso enjuiciado, se plantea la subsistencia del requisito del requerimiento previo de pago tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos digitales, si bien la advertencia o no de inclusión en el fichero pudo haberse realizado al contratar.

La sentencia del Pleno Número 945/2022, de fecha 20 de diciembre de 2022, pone fin a un litigio en el que los datos personales del demandante habían sido comunicados a un fichero de información crediticia, («fichero de morosos»), tras el impago parcial del principal de un préstamo.

Después de la inclusión en el referido fichero, el prestatario instó judicialmente la declaración de dicho préstamo como usurario y, paralelamente, presentó la demanda de protección del derecho al honor por dicha inclusión.

Inmediatamente después del emplazamiento del acreedor demandado en la litis, el tratamiento de los datos del demandante en el fichero fue cancelado.

II. ANTECEDENTES DEL CASO

A destacar seguidamente los antecedentes del caso enjuiciado:

El 5 de junio de 2019, D. Luis María concertó con Wenance Lending de España S.A. (en lo sucesivo, Wenance) un contrato de préstamo. El capital prestado fueron 500 euros, a devolver en tres meses, en tres cuotas de 250€ cada una. La TAE era del 1138'69%.

En el propio contrato se establecía que, en caso de impago de la deuda, "los datos del cliente podrán ser comunicados por el Prestamista a entidades de solvencia patrimonial y de crédito". El prestatario únicamente abonó la primera cuota de 250 euros.

La mercantil Wenance S.A. comunicó los datos personales de D. Luis María, asociados al impago del préstamo, al fichero Asnef-Equifax, y el 3 de diciembre de 2019 los datos se incluyeron en dicho fichero, con una deuda de 934,77 euros que fue incrementándose hasta quedar fijada en 1.499,69 euros en julio de 2020.

La Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) —denominada anteriormente Asociación Nacional de Entidades de Financiación—, es una asociación empresarial española creada en 1957, cuyas entidades asociadas de pleno derecho son establecimientos financieros de crédito (EFCs), así como entidades de crédito especializadas en financiación del automóvil y del consumo en general. Todos sus miembros asociados, españoles o extranjeros, son entidades reguladas y supervisadas que actúan en España.

Así las cosas, D. Luis María dirigió a Wenance S.A. un correo electrónico, en fecha 26 de octubre de 2020, en el que interesaba el reconocimiento de que el préstamo era nulo por usurario.

Posteriormente, el 11 de enero de 2021, D. Luis María interpuso una demanda contra Wenance en la que solicitó la nulidad del préstamo por ser usurario. Tal demanda fue estimada en la sentencia de 16 de julio de 2021 dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Oviedo, en el juicio ordinario 26/2021, que declaró la nulidad del contrato de préstamo, por usurario, "con la consecuencia de que únicamente ha lugar por la parte actora a la devolución de la parte de capital entregada y no devuelta".

Asimismo y en la defensa de sus derechos vulnerados, **el 13 de enero de 2021 D. Luis María interpuso contra Wenance la demanda origen del litigio que dio lugar a la Sentencia nuclear que estamos examinando**, ante el Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Oviedo, en la que solicitó que se declarara que la inclusión de sus datos personales en el fichero ASNEF constituía una vulneración ilegítima de su derecho al honor, y, por consiguiente, se condenara a la mercantil

demandada a indemnizarle en cinco mil euros por daños morales y se cancelara el tratamiento de sus datos.

Inmediatamente después de ser emplazada Wenance en estos litigios, el tratamiento de los datos del demandante en el fichero ASNEF-EQUIFAX fue cancelado.

III. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES EN LA INSTANCIA Y LA ALZADA

Antes del análisis de las resoluciones concretas previas al recurso de casación, para nuestro Tribunal Supremo, los registros de morosos son definidos como Ficheros automatizados, (informáticos), de datos de carácter personal sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, destinados a informar a los operadores económicos, (no solo a las entidades financieras sino también a otro tipo de empresas que conceden crédito a sus clientes o cuyas prestaciones son objeto de pagos periódicos), sobre qué clientes, efectivos o potenciales, han incumplido obligaciones dinerarias anteriormente, para que puedan adoptar fundadamente sus decisiones sobre las relaciones comerciales con tales clientes.

Advertir igualmente que en España, desde el punto de vista de los consumidores, los Registros más destacados son Asnef-Equifax, que agrupan un amplio abanico de entidades financieras, compañías de telefonía, empresas de suministros y aseguradoras, y BadexcugExperian, que contiene información proporcionada por bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito que estén obligados a declarar a la Central de Riesgos del Banco de España (Cirbe), y operadoras de telecomunicaciones. El rai (Registro de Adeudos Impagados) incluye exclusivamente datos de personas jurídicas. Ahora bien, a pesar de que tales ficheros son contemplados por distintas normas que los legitiman, la existencia misma y el acceso a esos registros deben ser, en todo caso, acordes y conformes con la legislación de protección de datos de carácter personal.

El artículo 18.4 de la Constitución Española establece que *la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*, conformando, según el Tribunal Constitucional, un verdadero derecho fundamental. La doctrina constitucional en materia de solvencia patrimonial y protección de datos aboga por considerar parte de la esfera de la intimidad familiar y personal los datos económicos y bancarios de una persona.

La existencia de los registros de morosos tiene como objetivo crear ficheros de solvencia patrimonial o sistemas de información crediticia, que recojan datos de impago, ya de personas físicas ya jurídicas, sobre deudas dinerarias, crediticias o financieras. Estos registros funcionan como una herramienta habitual, sobre todo, de bancos para determinar el posible riesgo de concesión de un crédito, de forma tal que la persona que aparezca inscrita en estos registros tendrá primigeniamente dificultades para acceder a la financiación pretendida, por cuanto se presume que no es buen pagador, dificultando cuando no impidiendo, el acceso a líneas de crédito basadas en la solvencia del contratante.

Visto cuanto antecede nos debemos de plantear, ¿Cualquiera puede inscribir a una persona física o jurídica en estos registros?, ¿Cuáles son las reglas que deben observarse para no incurrir en una ilicitud y quedar afectado el derecho al honor de una persona?

1. La primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Oviedo, al que correspondió el conocimiento de la demanda de fecha 13 de enero de 2021, dictó una sentencia desestimatoria. Consideró que: *"al tiempo en el que se producía la inscripción de los datos del actor en el fichero de morosos la deuda no era incierta con base a una discusión sobre su carácter usurario"* pues la comunicación en la que el prestatario manifestaba su disconformidad a la prestamista y la posterior interposición de la demanda por usura tuvieron lugar varios meses después de la inclusión de los datos en el fichero de morosos, y la prestamista canceló el tratamiento de los datos cuando fue emplazada en este litigio. Además, el prestatario había sido advertido, -al celebrar el contrato-, de la posibilidad de que sus datos fueran incluidos en un fichero sobre solvencia patrimonial, y la prestamista le requirió de pago antes de comunicar los datos al fichero de ASNEF.

2. La apelación

El demandante apeló la precitada Sentencia y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 28 de febrero de 2022, estimó el Recurso interpuesto por D. Luis María contra la Sentencia dictada en Primera Instancia.

La Audiencia Provincial apreció la vulneración del derecho al honor del demandante por considerar que la cuantía de la deuda por la que se le incluyó en el fichero fue incorrecta, pues al ser el préstamo usurario solo adeudaba el importe del capital prestado, no los intereses.

Además, y ello es lo importante, la Audiencia consideró que la vigente Ley Orgánica 3/2018 no había derogado el requisito establecido en el reglamento de desarrollo de la antigua Ley Orgánica 15/1999, por lo que el tratamiento de los datos había sido ilícito dado que al requerir de pago al deudor no se le advirtió de que sus datos podían ser comunicados a un fichero, no siendo suficiente que dicha advertencia constara en el contrato.

Contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Wenance interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, ambos basados en un único motivo, que examinamos a continuación.

IV. DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Del único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denunció la infracción del artículo 218.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 24 y el art. 120.3 de la CE, por falta de motivación respecto de la efectiva realización del requerimiento de pago previo.

La decisión del Tribunal Supremo fue resolver sobre la inexistencia de la infracción y consecuente desestimación del recurso por los siguientes razonamientos:

Las razones principales fueron:

1. Entender que para cumplimentar la exigencia de motivación es bastante que aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión. Es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquella (en este sentido se señala las sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 736/2013, de 3 de diciembre, 43/2021, de 2 de febrero, y 170/2021, de 25 de marzo, entre otras).
2. Indica el Tribunal Supremo que la sentencia de la Audiencia Provincial, al revisar la valoración de la única prueba practicada en el proceso, (la prueba documental), consideró no probado que, al tiempo de contratar el préstamo, la demandada hubiera informado al prestatario de los sistemas comunes de información crediticia en los que participaba el acreedor.
3. Además, *la ratio decidendi* de dicha conclusión la considera evidente, a la vista de que solo se ha practicado prueba documental y que los documentos contractuales y precontractuales eran solo una pequeña parte de los documentos aportados.

Por todo ello, el Tribunal Supremo consideró que la motivación de la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, aunque sumaria fue suficiente.

V. DEL RECURSO DE CASACIÓN

El único motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 20, apartados 1.b) y 1.c) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, con relación con el art. 18.1 y 4 de la CE y del art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En el desarrollo del motivo, la recurrente cuestiona que la Audiencia Provincial considerara que el carácter usurario del préstamo suponía que la deuda no fuera cierta, vencida y exigible. Y argumentó fácticamente que, cuando los datos del demandante se comunicaron al sistema de información crediticia, no se había iniciado el litigio en el que se dictó la sentencia que declaró que el préstamo era usurario, ni tampoco que el deudor le había dirigido comunicación alguna, por lo que la deuda era pacífica.

La empresa recurrente afirmó además que el Real Decreto 1720/2007, que aprobó el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, fue derogado por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, pues ésta derogó la Ley Orgánica 15/1999, que era desarrollada por aquel reglamento. Por tal razón, el requisito del requerimiento previo de pago de los artículos 38 y 39 de dicho reglamento no era exigible.

El elenco normativo alegado por la recurrente lo enunciaremos a continuación, sin perjuicio que el lector pueda acudir a consulta detallada de los textos legales.

- A.** El Artículo 18 de la Constitución Española, regulados del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, apartados 1 y 4.
- B.** El Artículo 20 LO 3/2018, de 5 de diciembre regulados de los Sistemas de información crediticia, en su apartado 1, letras b) y c).
- C.** El artículo 2.2 de la LO 1/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
- D.** El Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 que en su artículo 38.1.c regula los Requisitos para la inclusión de los datos y el artículo 39 relativo a la Información previa a la inclusión.

La sentencia del Pleno, además de reiterar su doctrina sobre los requisitos necesarios para la licitud de la inclusión de datos personales en estos ficheros, analiza si la vigente Ley Orgánica 3/2018 ha derogado el requisito del requerimiento previo de pago establecido en el reglamento que desarrolló la Ley 15/1997.

El Tribunal Supremo concluyó que no existe tal derogación, puesto que no hay incompatibilidad entre las dos regulaciones, pero ya no es indispensable que en ese requerimiento de pago se advierta al deudor de la posibilidad de comunicar sus datos al fichero, si tal advertencia se ha hecho ya al celebrar el contrato, como ocurrió en el presente supuesto.

En el caso examinado, no existía ninguna duda de que el demandante era un deudor moroso, pues no restituyó la totalidad del capital prestado; constaba que en el contrato se le había advertido de la posibilidad de incluir sus datos en un fichero en caso de impago de la deuda; y fue requerido de pago con carácter previo a la inclusión.

El hecho de que el importe de la deuda fuera superior al realmente adeudado no basta para apreciar una intromisión ilegítima en el derecho al honor, ya que hasta ese momento el deudor no había intentado restituir el capital recibido ni había manifestado a la acreedora su disconformidad con la cantidad reclamada. El carácter usurario del préstamo tampoco determina la ilicitud de la comunicación al fichero de los datos personales del prestatario ya que no ha devuelto el capital del préstamo y no ha promovido en ese momento controversia respecto del préstamo, ni ha intentado pagar el capital prestado. Y, habida cuenta de las circunstancias expresadas, no puede considerarse que la comunicación de los datos al fichero supusiera una presión ilegítima del acreedor para zanjar una disputa sobre la existencia o cuantía de la deuda.

La Sala Primera del Tribunal Supremo resolvió el Recurso de Casación examinando dos cuestiones fundamentales. La primera referida al Requisito de existencia de una deuda cierta, vencida, líquida y exigible y, la segunda, resolvió sobre la trascendencia del artículo 20.1 c) de la lo 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, respecto del requisito del requerimiento previo de pago.

1. El requisito de existencia de una deuda cierta, vencida, líquida y exigible

El art. 20.1.b de la Ley Orgánica 3/2018 exige, como requisito para la licitud de la comunicación de los datos personales a uno de estos ficheros sobre solvencia patrimonial que los datos se refieran A DEUDAS CIERTAS, VENCIDAS Y EXIGIBLES, añadiendo la exigencia de que su existencia o cuantía no

hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes.

Como consideraciones generales sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha indicado que para la inclusión de los datos del deudor en ficheros relativos al cumplimiento de obligaciones dinerarias LA DEUDA DEBE SER, ADEMÁS DE VENCIDA Y EXIGIBLE, CIERTA, ES DECIR, INEQUÍVOCA, INDUDABLE. Por tal razón, no cabe incluir en estos registros datos personales por razón de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio. (Sentencias 13/2013, de 29 de enero, 672/2014, de 19 de noviembre, 740/2015, de 22 de diciembre, 114/2016, de 1 de marzo, y 174/2018, de 23 de marzo)

Igualmente, el Tribunal Supremo ha vinculado el cumplimiento de estos requisitos a la inexistencia de controversia sobre la deuda cuando se produce la comunicación de los datos al fichero de morosos, porque si el titular de los datos considera razonable y legítimamente que no debe lo que se le reclama, y así se lo ha hecho saber al acreedor, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado y por tanto el tratamiento de sus datos en uno de estos ficheros no es pertinente. Tampoco puede utilizarse la inclusión en el fichero de morosos como una medida de presión para zanjar disputas con el cliente sobre la existencia o cuantía de la deuda.

a) En el objeto del recurso

El deudor formuló su primera reclamación sobre la pertinencia de la deuda con posterioridad a la inclusión de sus datos en el fichero de morosos.

Antes de ese momento no había ofrecido siquiera restituir el capital del préstamo, a lo que el prestatario está obligado cuando el préstamo es usurario. Por tal razón, en el momento en que el acreedor comunicó sus datos personales al registro de morosos, no existía controversia entre las partes sobre la existencia de la deuda. Inmediatamente después de ser emplazada Wenance en el litigio en el que el demandante ejerció la acción basada en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, prácticamente simultáneo al emplazamiento en el litigio origen del presente recurso, el tratamiento de los datos del demandante en el fichero Asnef-Equifax fue cancelado (En esta Línea, indica el TS que a efectos de considerar que la deuda no es cierta, no es relevante el cuestionamiento de la deuda hecho con posterioridad a su inclusión en el registro de morosos Sentencia 832/2021, de 1 de diciembre.)

Además, cuando el demandante obtuvo una sentencia favorable que declaró el carácter usurario del préstamo, tal declaración no le eximió de restituir a la prestamista la parte de capital pendiente de

pago, pues de los 500 euros que le fueron prestados solo había restituido 250 euros. D. Luis María no ha objetado la afirmación de la prestamista de que, una vez fijada la cuantía de la deuda por la declaración de nulidad del préstamo por usurario (la restitución del capital, una vez deducido lo ya pagado), el prestatario sigue sin pagar lo que adeuda a la prestamista.

Por lo expuesto, indica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que sus datos fueran objeto de tratamiento en un fichero sobre solvencia patrimonial no vulnera el derecho al honor del prestatario, por más que la cantidad comunicada al fichero no fuera la correcta, ya que lo que vulnera el honor del afectado no es que la cuantía de la deuda que consta en el registro sea incorrecta, sino que se dé al afectado el tratamiento de moroso, incumplidor de sus obligaciones dinerarias, sin serlo. En este sentido, se nombra la Sentencia 671/2021, de 5 de octubre, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec. 484/2021. Sentándose el criterio que una vez cierta la existencia de un crédito impagado y estando obligada la entidad financiera a comunicar a la CIRBE el carácter de fallido del préstamo, que en el litigio entablado por la financiera contra los deudores se minorara la cantidad adeudada, porque en el proceso judicial se valoró el vehículo en una cantidad mayor a la que inicialmente se le asignó por el acreedor, no supone que se haya producido una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

Continuando con la resolución objeto de análisis, concluye el TS que la argumentación de la Audiencia Provincial sobre este extremo, al considerar que, en las circunstancias expresadas, la comunicación al fichero de morosos de una deuda por una cuantía incorrecta determina la existencia de la intromisión ilegítima en el honor del demandante, NO ES CORRECTA.

2. Trascendencia de art. 20.1 c) de la lo 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, respecto del requisito del requerimiento previo de pago

La otra cuestión que planteó la recurrente fue si los artículos 38 y 39 del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, habían sido derogados por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Es cierto que la Ley Orgánica 3/2018 deroga expresamente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pero, indica el alto Tribunal, que ello no

significa necesariamente que haya quedado derogado el reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007.

El Real Decreto 1720/2007 sirve de desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 3/2018, necesario para la plena eficacia de esta, sin perjuicio de que queden derogadas aquellas normas del citado reglamento que contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la referida ley orgánica.

Por tanto, se cuestiona el Tribunal Supremo si los citados artículos 38 y 39 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 son compatibles con la regulación contenida en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2018, en concreto con su apartado 1.c).

Se indica en la Resolución que el artículo 39 del citado Reglamento, ha de entenderse derogado por el nuevo art. 20.1.c de la Ley Orgánica 3/2018, porque una y otra norma son incompatibles. Mientras que el artículo 39 del Reglamento exige que la información sobre la posibilidad de comunicar a estos ficheros los datos relativos al impago se realice *"en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento"*, el nuevo artículo 20.1.c de la Ley Orgánica 3/2018 permite que tal información **se realice "en el contrato o en el momento de requerir el pago"**. Por tanto, no es preciso realizar la información (más bien una advertencia) sobre la posibilidad de comunicar los datos al fichero de morosos en caso de impago en el contrato y, **"en todo caso"**, en el momento de requerir de pago, sino que puede realizarse en cualquiera de estos momentos, no necesariamente en ambos

Respecto **DEL REQUERIMIENTO DE PAGO** a la comunicación de los datos por el acreedor al fichero de solvencia patrimonial no estaba previsto expresamente en la Ley Orgánica 15/1999, pero sí en el artículo 38.1.c) del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, lo que fue considerado, como indica el alto Tribunal, un exceso reglamentario.

El referido requerimiento hoy se encuentra mencionado expresamente en el segundo párrafo del art. 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018. La nueva norma contiene la mención a la existencia de **dicho requerimiento previo al prever que la advertencia de comunicación de los datos al fichero debe hacerse bien en ese requerimiento previo, bien al celebrarse el contrato**. La conclusión de lo expuesto **es que sigue siendo exigible el requerimiento previo de pago**, previsto en el propio art. 20.1.c de la Ley Orgánica 3/2018, cuya función y justificación han sido expresadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en numerosas sentencias.

La exigencia de que el responsable del fichero notifique al afectado la inclusión de tales datos y le informe sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, no supe el requisito del requerimiento previo, sino que se añade a él.

El Tribunal Supremo, en este sentido, se remite a la Sentencia 604/2022, de 14 de septiembre. En dicho supuesto el Tribunal desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia que entendió que no se había producido intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente por el hecho de haber sido incluida en el fichero ASNEF, señalándose que la discordancia entre la cantidad que figura en el requerimiento de pago que le fue comunicado y la que figura en el registro de morosos no constituye por sí sola vulneración del derecho al honor de la afectada. En síntesis, comunicación de datos personales asociados a datos económicos de los que resultara su condición de morosa sin serlo realmente. Por otro lado, el Tribunal aprecia que el requerimiento efectuado por SMS y correo electrónico, utilizándose un servicio de entrega electrónica certificada, en que se ha informado sobre la remisión de los mensajes y su recepción en el número de teléfono y dirección de correo electrónico facilitados por la deudora al suscribir el contrato, se ha ajustado a lo establecido en el art. 43 del Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

Como conclusión, el TS afirma que en **EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL EXISTEN TRES OBLIGACIONES DIFERENCIABLES:**

- i. *El acreedor debe informar al afectado, en el contrato o en el momento de requerir el pago, acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe (art. 20.1.c], párrafo primero, de la Ley Orgánica 3/2018, que deroga el art. 39 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, en tanto que este exigía que la información se hiciera cumulativamente en ambos momentos).*
- ii. *El acreedor, o quien actúe por su cuenta o interés, debe requerir de pago al deudor con carácter previo a la comunicación de sus datos al fichero de morosos (art. 38.1.c del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007) y estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de tal requisito y de los demás exigidos por la normativa aplicable, conforme al art 38.3 de dicho reglamento.*

- iii. *La entidad que mantenga el sistema de información crediticia con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito deberá notificar al afectado la inclusión de tales datos y le informará sobre la posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento(UE) 2016/679 dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, permaneciendo bloqueados los datos durante ese plazo (art. 20.1.c], párrafo segundo, de la Ley Orgánica 3/2018). La notificación deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que le permita acreditar la efectiva realización de los envíos (art. 40.3 de dicho reglamento).*

En el caso enjuiciado, dado que antes de comunicar los datos personales de D. Luis María al fichero de morosos, Wenance **REQUIRIÓ DE PAGO AL DEMANDANTE**, por lo que el requisito del requerimiento previo de pago se cumplió. Que en los requerimientos de pago no se advirtiera al deudor de la posibilidad de comunicar sus datos al fichero de morosos no determina la ilicitud de tal comunicación porque esa advertencia ya se efectuó al contratar, como permite actualmente el art. 20.1.c de la Ley Orgánica 3/2018.

Además, que en aquel momento no se informara a D. Luis María de los sistemas de información crediticia en los que participaba Wenance no supone que se haya vulnerado el derecho al honor del D. Luis María, puesto que no es un hecho que contribuya a la producción de un daño ilegítimo en ese bien jurídico. Por ello, la Sala concluye que la argumentación de la sentencia recurrida sobre la insuficiencia tanto del requerimiento practicado como de la advertencia sobre la inclusión de los datos en un fichero de morosos en caso de impago, que habrían determinado también la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, tampoco es correcta.

VI. CONCLUSIÓN

Visto cuanto antecede, como desenlace a la resolución examinada podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1º. Al ser el demandante un deudor moroso (no restituyó la totalidad del capital prestado), constando que en el contrato de préstamo se le había advertido de la posibilidad de incluir sus datos en un fichero de morosos en caso de impago de la deuda; y constando que fue requerido de pago con carácter previo a la comunicación de sus datos al registro de morosos, la inclusión de sus datos en un sistema de

información crediticia (fichero o registro de morosos) NO CONSTITUYÓ UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN SU DERECHO AL HONOR.

- 2º. EL HECHO DE QUE EL IMPORTE DE LA DEUDA QUE SE COMUNICÓ A DICHO FICHERO FUERA SUPERIOR AL REALMENTE ADEUDADO NO BASTA PARA CONSIDERAR QUE LA INCLUSIÓN DE SUS DATOS EN EL FICHERO VULNERÓ SU HONOR, pues hasta ese momento el deudor no había intentado restituir el capital recibido ni había manifestado a la acreedora su discrepancia con la cantidad reclamada por la demandada, por lo que no había duda de que existía una deuda y el demandante había incurrido en mora. Y, habida cuenta de las circunstancias expresadas, no puede considerarse que la comunicación de sus datos al fichero supusiera una presión ilegítima del acreedor para zanjar una disputa sobre la existencia o cuantía de la deuda.
- 3º. El desvalor que para el ordenamiento jurídico supone la usura, que lleva aparejado las consecuencias previstas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, NO SUPONE QUE EL TRATAMIENTO DE DATOS EN UN FICHERO DE MOROSOS DEL DEUDOR QUE NO HA PODIDO RESTITUIR NI SIQUIERA LA SUMA RECIBIDA EN PRÉSTAMO CONSTITUYA UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN SU DERECHO AL HONOR.
- 4º. El requisito del requerimiento previo de pago establecido en el art. 38.1.c del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 sigue siendo exigible tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que no ha derogado aquel precepto reglamentario puesto que no existe incompatibilidad entre uno y otro. PERO YA NO ES INDISPENSABLE QUE EN ESE REQUERIMIENTO SE ADVIERTA AL DEUDOR DE LA POSIBILIDAD DE COMUNICAR SUS DATOS AL FICHERO DE MOROSOS SI TAL ADVERTENCIA SE HA HECHO AL CELEBRAR EL CONTRATO, COMO OCURRIÓ EN EL CASO OBJETO DEL RECURSO.
- 5º. Que en esa advertencia NO SE INFORMARA AL DEUDOR DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA EN LOS QUE PARTICIPA EL ACREEDOR NO DETERMINA, POR SÍ SOLO, que la comunicación de los datos a uno de esos sistemas constituya una vulneración del derecho al honor del deudor.

VII. JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia

Sentencia CIVIL Nº 671/2021, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 484/2021 de 05 de octubre de 2021.

Gabinete Técnico. Área Civil. Sentencia de Pleno 945/2022, de 20 de diciembre (CIP 2737/2022).

Sentencia 604/2022, de 14 de septiembre, Nº de Recurso: 1089/2022, Nº de Resolución: 604/2022.

Artículos y páginas web

Daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida en registros de morosos. D^a Isabel Espín Alba. E - ISSN: 1870 - 2147. n u e v a é p o c a Vol. 14, núm. 46, Julio-diciembre 2020. Consultado el 5/02/2024.

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228056. Consultado el 01/02/2024.

<https://elderecho.com/requisitos-para-determinar-afectacion-derecho-honor-inscripcion-registro-morosos>.

Consultado el 09/02/2024.

<https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=>. Consultado el 09/02/2024.

COMENTARIO A LA STS 2499/2017 SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS MATERIALES

Fernando Clemente Piñana Batista

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Canarias

SUMARIO: *I. Antecedentes de hecho. II. Razonamiento de la sentencia de la audiencia provincial de palma de mallorca para estimar la prescripción de la acción. III. Razonamiento de la sala de lo civil del tribunal supremo para estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la audiencia provincial de palma de mallorca que estimaba la prescripción. IV. Principio general de la acción de reclamación de daños materiales. V. Principio general de la prescripción de la acción. Inicio del cómputo. 1. Antecedentes de hecho. 2. Fundamentos de derecho. 3. Recurso de casación. 4. Estimación del motivo. 5. Fallo. VI. La prejudicialidad penal. VII. Conclusiones. VIII. Jurisprudencia*

I. ANTECEDENTES DE HECHO

- 1º. Accidente de tráfico en el que hay cuatro vehículos implicados. 12 de abril de 2012.
- 2º. Este accidente dio lugar a dos demandas que fueron acumuladas.
- 3º. Previamente a las dos demandas RAIMUNDO (conductor) denuncia a FRANCO (conductor) en vía penal y que se tramita en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma, bajo el procedimiento de Juicio de Faltas 451/11, consecuencia de lo cual el día 14 de febrero de 2012 se dictó sentencia por la que se absolvía a los denunciados.
- 4º. El Juzgado de 1ª Instancia de Palma de Mallorca estimó la demanda principal de RAIMUNDO (conductor) contra AXA y ALLIANZ (aseguradoras de los vehículos implicados) condenando a pagar a RAIMUNDO la cantidad de 8.173,87€.
- 5º. El mismo Juzgado de 1ª Instancia de Palma de Mallorca desestimó la demanda acumulada formulada por FRANCO (conductor) contra ALLIANZ (aseguradora) y ENRIQUE (uno de los conductores demandados) por considerar prescrita la acción.
- 6º. Contra esta sentencia FRANCO (conductor) interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que desestimó el recurso de apelación, por considerar también prescrita la acción.
- 7º. Contra la referida sentencia de la Audiencia provincial de Palma, FRANCO (conductor), interpuso recurso de casación por inaplicación del artículo 1969 del Código Civil y jurisprudencia que lo interpreta, en relación con los artículos 111 y 114 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el día inicial para el cómputo de la prescripción y **ello, por cuanto la sentencia no ha tenido en cuenta**

el efecto interruptivo de la prescripción que supone el procedimiento penal previo y ello con independencia de la posición que el hoy recurrente y demandante ocupara en el proceso penal. (Recordar que el hoy recurrente había sido denunciado por Raimundo y por tanto era el denunciado).

II. RAZONAMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA PARA ESTIMAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial para estimar la prescripción es el siguiente: “el ahora apelante podía ejercitar la acción desde la fecha del accidente conforme lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil. En el supuesto que ahora nos ocupa, el apelante no solo no ejercitó la acción en el plazo de un año desde que ocurrió el accidente, sino que tampoco procedió a la interrupción de la prescripción mediante la reclamación extrajudicial al acreedor tal y como contempla el art. 1973 del Código Civil”. Pero es que, además, el procedimiento penal al que se refiere la parte apelante en su recurso, **que para él no interrumpió la prescripción ya que era denunciado y no denunciante y, por tanto, no ejercitaba ninguna acción**, por lo que no le es de aplicación lo dispuesto en el primer inciso del referido artículo 1973 del Código Civil, finalizó antes del transcurso del año desde que acaeció el accidente, pues conforme alega el propio apelante en su recurso, la resolución en el procedimiento penal recayó en fecha 14 de febrero de 2012 y el accidente ocurrió el 12 de abril de 2011. Y aun así el apelante esperó para ejercitar su acción que transcurriera más de un año desde la fecha del siniestro de autos, pues no la ejercitó hasta el 6 de julio de 2012. Por todo ello y conforme se indica en la sentencia de instancia debe considerarse que tal acción ya estaba prescrita”.

III. RAZONAMIENTO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA QUE ESTIMABA LA PRESCRIPCIÓN

Es jurisprudencia constante de esta Sala la siguiente: “Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio. De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad

extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva situar ese día en el momento que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim. **“Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones”.** La denuncia en vía penal-con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal”. **La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal y el fallo de la cuestión civil no se hace posible hasta la decisión del proceso penal, bien sea mediante sentencia o bien por auto de sobreseimiento firme.** De tal forma que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, quien haya comparecido como parte en él, o que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si estas continuaron en tramitación, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas ni con otras distintas, respondiendo a la necesidad de evitar que por los órganos de distinta jurisdicción a la penal se pueden efectuar pronunciamientos que contraríen lo que allí se resuelva; contradicción que podría producirse aun en el supuesto de que fueran distintas las personas demandadas en el orden civil, pero siempre, claro está, que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos, como aquí sucede estando, como estamos, ante un mismo accidente de tráfico con varios vehículos implicados y consecuencias distintas. Bien entendido que la incoación o reapertura

de una causa penal muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se hubiera consumado y que no puede ser eliminada de ese modo.

IV. PRINCIPIO GENERAL DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS MATERIALES

El objeto de este procedimiento es determinar la culpa del siniestro como consecuencia de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. Este artículo establece “El que por acción u omisión cause daño otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.

La culpa extracontractual generadora de la responsabilidad de tal índole se representa por la omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, de la diligencia en las relaciones humanas cuya aplicación podría haber evitado un resultado contrario a derecho y no querido; implica un daño causado con independencia de cualquier relación jurídica procedente entre las partes salvo el deber genérico, común a todos los hombres del *alterum non laedere*.

El artículo 1.902 del Código Civil establece la obligación de reparar el daño causado para todo aquel que, por acción u omisión, causa daño a otro existiendo culpa o negligencia. Toda pretensión que se funde en la responsabilidad extracontractual requiere para su triunfo la concurrencia de una serie de requisitos reiteradamente exigidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuales son: **1º)** Existencia de una acción u omisión, es decir, de un comportamiento humano ya sea activo o pasivo; **2º)** Concurrencia de un daño efectivo y evaluable económicamente; **3º)** relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, de tal suerte que dicho comportamiento humano haya sido causa eficiente o determinante del daño producido; y **4º)** Que la acción u omisión sea culpable, esto es, que exista un comportamiento reprochable por parte del agente causante, requisito este último que el Tribunal Supremo ha venido matizando en conocida jurisprudencia que, sin llegar a consagrarla responsabilidad objetiva propiamente dicha, toda vez que no se hace plena abstracción del elemento subjetivo de la culpabilidad, ha acogido soluciones cuasi objetivas al entender que la acción u omisión causante del daño debe presumirse siempre culposa, a no ser que el agente causante acredite en debida forma haber actuado con el cuidado y la diligencia que exigían las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el evento, estableciendo así una auténtica inversión de la carga de la prueba, de suerte que es el agente causante del daño el obligado a probar que su actuación se desarrolló con la diligencia debida.

Así lo establece también el artículo 1 del texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor cuando dispone que “El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

En el caso de daños a los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del código Civil, artículos 109 y siguientes del Código penal, y según lo dispuesto en esta Ley”.

V. PRINCIPIO GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. INICIO DEL CÓMPUTO

La ponencia tiene como objeto el estudio del inicio del plazo de prescripción de la acción de la indemnización de daños y perjuicios. En este supuesto, la prescripción se regula en el artículo 1968-2 del Código Civil: **“Prescriben por el transcurso de un año: La acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”.**

Y el artículo 1969 del Código Civil dispone: **“El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse”.**

Dada la brevedad del plazo de prescripción de la acción de daños extracontractuales (un año, según establece el artículo 1968.2º CC). La determinación del momento exacto en el que el plazo empieza a correr se convierte en una cuestión crucial. La práctica de los tribunales así lo demuestra, pues la excepción de prescripción es una de las alegaciones típicas en los procesos de daños, y son muchos los procesos judiciales en los que lo que se discute precisamente es si la pretensión del actor ha prescrito o no.

Muchas son las cuestiones controvertidas que se plantean en este ámbito. ¿El dies a quo del plazo prescriptivo debe fijarse conforme a criterios objetivos, como parece inferirse de los arts. 1964?2 y

1969 del CC? o ¿debe acogerse un criterio subjetivo, como el que adopta el art. 1968.2º CC? ¿Tiene sentido establecer un criterio objetivo o subjetivo en función de que los daños sean contractuales o extracontractuales, como parece deducirse de nuestro Código? ¿Qué efectos tiene sobre el dies a quo el hecho de que el acreedor se encuentre en una situación de fuerza mayor que le impida ejercitar la pretensión de daños? ¿Debe retrasarse el dies a quo si el acreedor (perjudicado) no conoce los hechos que fundamentan la pretensión? En particular, ¿qué sucede si no conoce que se ha producido un daño, si ignora la relación de causalidad entre la conducta dañosa y el daño, si no conoce la identidad del dañante o si no sabe que la conducta del causante del daño ha sido dolosa o culposa?

Estimamos necesario hacer un estudio detallado y profundo de la cuestión y para ello tomar como especial referencia la **Sentencia 528/2013 del Tribunal Supremo**. Sala de lo Civil. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

1. Antecedentes de hecho

Casa la sala la sentencia impugnada que apreció la excepción de prescripción planteada por la demandada -Iberdrola- en la acción de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual dirigida contra la misma, como consecuencia de la negativa a la demandante de acceso a la información del Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) de su red de energía eléctrica, negativa que había motivado la declaración de acto de abuso de dominio por parte de la CNC.

Basa el TS su fallo en la vulneración por la sentencia de instancia del art. 1969 del CC en cuanto al “dies a quo” del cómputo del plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968 del citado texto legal. Así, señala que la jurisprudencia, al interpretar el art. 1969, parte del criterio general de que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción, sin que, en el supuesto examinado, desde el momento en que se determinó el daño- concretado en el lucro cesante- hasta que se presentó la demanda, hubiera transcurrido el plazo de prescripción.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao dictó Sentencia 17 de julio de 2010, con la siguiente parte dispositiva: *FALLO: Que, estimando la excepción de prescripción de la acción ejercitada por la demandada Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. y sin entrar a conocer del fondo del asunto, se desestima la demanda formulada por el procurador Sr. Ors, en nombre y representación de Céntrica Energía S.L.U., contra Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U., absolviendo a la expresada demandada de*

las pretensiones ejercitadas en su contra, y todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Energía VM Gestión de la Energía S.L.U. (antes Céntrica Energía S.L.U.). La resolución de este recurso correspondió a la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, mediante sentencia de 8 de julio de 2011, que desestimó el recurso y cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Céntrica Energía S.L.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao en el procedimiento ordinario nº 41/10 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución e imponemos las costas del recurso a la parte apelante.*

Se interpuso recurso de casación. El motivo del recurso de casación fue: “1º) Infracción del art. 1969 del Código Civil al computar erróneamente el dies a quo del término prescriptivo”.

2. Fundamentos de derecho

La demandante, Céntrica energía S.L.U. (en adelante, Céntrica), en la actualidad Energya VM Gestión de Energía, S.L.U. el 9 de octubre de 2006, había solicitado de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. (en adelante, Iberdrola) el acceso incondicionado y masivo al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) de su red de distribución de energía eléctrica, a lo que estaba obligada legalmente para permitir la competencia en el mercado de la distribución eléctrica.

La negativa de Iberdrola motivó la apertura de un expediente ante la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), que el 2 de abril de 2009 dictó una resolución en la que, después de reconocer la posición de dominio de Iberdrola respecto de su red de distribución, declaró que su negativa a permitir el acceso a esa información constituía un acto de abuso de posición de dominio y le impuso una multa de 15 millones de euros.

El 28 de mayo de 2009, Céntrica remitió a Iberdrola una carta de reclamación para interrumpir la prescripción. Más tarde, el 26 de enero de 2010, Céntrica interpuso la demanda en la que ejercitaba una acción de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la negativa de acceso a la información del SIPS, que había motivado ya la declaración de acto de abuso de posición de dominio, por parte de la CNC.

Tanto el juzgado mercantil como la Audiencia consideraron prescrita la acción. En concreto, la sentencia recurrida entiende que la acción estaba afectada por un plazo de prescripción de un año, conforme al art. 1968 CC, en atención a que se trataba de una acción de responsabilidad civil extracontractual. La Audiencia razonaba que el plazo debía comenzar a computarse desde el día 22 de mayo de 2008, en que Iberdrola comunicó a Céntrica que tenía a su disposición la información del SIPS, pues a partir de entonces ya estaba en condiciones de evaluar el perjuicio sufrido. De este modo, la sentencia recurrida argumentaba que, comenzando a contar el plazo de prescripción de un año desde entonces, se había cumplido antes de que se presentara la carta que perseguía interrumpir la prescripción.

La sentencia de apelación sólo es recurrida en casación por Céntrica, sobre la base de un único motivo, que afecta al pronunciamiento que estima la excepción de prescripción de la acción.

3. Recurso de casación

La formulación del motivo se funda en la vulneración del art. 1969 CC, **por haber fijado erróneamente el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción.** Para el recurrente, el plazo de prescripción no puede comenzar a computarse hasta que el perjudicado no tenga un pleno conocimiento del daño que ha sufrido o al menos esté en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas y cifrar el importe que puede reclamar. Esto sólo pudo ocurrir una vez que la demandada tuvo acceso a la información del SIPS, lo que ocurrió el 2 de junio de 2008. Computado el plazo de prescripción desde entonces, no se habría cumplido el año antes de que, el 28 de mayo de 2009, la demandante remitiera el requerimiento extrajudicial para interrumpir la prescripción.

4. Estimación del motivo

Dice el Tribunal que no se discute que la acción ejercitada de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la demandante, Centrica, por el abuso de posición de dominio que supuso, por parte de Iberdrola, la negativa de acceso masivo e incondicionado al SIPS de la red de distribución de energía eléctrica de Iberdrola, tiene en este caso la naturaleza de responsabilidad civil extracontractual y por lo tanto está sujeta al plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968 CC.

En casación se cuestiona si el tribunal de instancia infringió el art. 1969 CC en relación con el comienzo del cómputo del plazo de prescripción. Según este precepto, "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará

desde el día en que pudieron ejercitarse ". En puridad, el apartado 2 del art. 1968 contiene una previsión específica para la acción de responsabilidad civil extracontractual, al disponer que el plazo será de un año " desde que lo supo el agraviado".

La jurisprudencia de esta Sala al interpretar este precepto parte del criterio general de que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción. Y así, en supuestos de responsabilidad por daños causados con ocasión de la circulación de vehículos de motor, entiende que "(por regla general, el conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta definitiva, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos objeto de indemnización".

Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento.

Esta jurisprudencia tiene un claro reflejo en el presente caso en que los daños y perjuicios derivados de la denegación de acceso al SIPS a la demandante, que mereció que la CNC lo considerara un abuso de posición de dominio por parte de Iberdrola y que le impusiera la preceptiva multa, vienen representados fundamentalmente por el lucro cesante, que no podía determinarse hasta que se tuviese conocimiento de la información del SIPS. Sólo a partir de ese momento, la perjudicada por el acto de abuso de posición de dominio estaba en condiciones de conocer el alcance del perjuicio causado y determinarlo, para poder reclamar de la demandada su indemnización.

Propiamente, el momento en que la demandante tiene acceso a esta información es aquel en que le fue entregada en las oficinas de la demandada, en un soporte informático, lo que tuvo lugar el día 2 de junio de 2008.

Bajo estas circunstancias, se acomoda mejor al carácter restrictivo de la prescripción considerar que en este caso el perjudicado no pudo tener conocimiento cabal del perjuicio sufrido para formular la correspondiente reclamación de indemnización de daños y perjuicios, hasta que se le concedió el

acceso a la información del SIPS, esto es, el 2 de junio de 2008. Consiguientemente, sería entonces cuando podría comenzar a computarse el plazo de prescripción de un año previsto en el art. 1968 CC, el cual se habría visto interrumpido con la reclamación extrajudicial realizada por la demandante el 28 de mayo de 2009, sin que desde ese día hasta el de la presentación de la demanda, hubiera transcurrido el plazo de prescripción.

5. Fallo

La sala, una vez apreciada la vulneración del art. 1969 CC, estimó el recurso de casación.

Y la pregunta más importante y sobre la que gravita todo este trabajo es la siguiente: **¿Qué sucede si existe una cuestión penal previa que puede afectar directamente al fondo del asunto? Es decir, que exista una prejudicialidad penal.** Pasamos a estudiar dicha posibilidad.

VI. LA PREJUDICIALIDAD PENAL

Establece el artículo 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se ordenará la suspensión del proceso civil, en primer lugar, cuando se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil, y en segundo lugar, si la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal puede tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

La prejudicialidad penal supone la suspensión de un procedimiento civil cuando la cuestión que se está sustanciando en un asunto civil está estrechamente relacionada con la cuestión de fondo atribuida a un tribunal de la jurisdicción penal. De darse esta situación, si no se toman las medidas oportunas, como la suspensión del procedimiento civil, podrían darse dos pronunciamientos distintos. En estos casos, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con ello se pretende evitar la simultaneidad de dos procedimientos, con las mismas partes y objetos relacionados en los que pudieran recaer sentencias discrepantes. Esta figura se encuentra regulada en los artículos 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la impone cuando no se pueda prescindir de la cuestión penal para obtener una correcta decisión de la civil, o bien si condicione directamente el contenido de ésta. También el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en

base a la cual, promovido juicio criminal por un delito no podrá seguirse pleito alguno sobre el mismo hecho en otra materia, suspendiéndose el ya iniciado hasta la sentencia firme en la causa penal. Y en el artículo 40 de la ley de Enjuiciamiento Civil, al indicar que aun sentando como regla general la no suspensión del proceso civil, se deberá suspender cuando la misma venga motivada por la posible existencia de un delito de falsedad de alguno d ellos documentos aportados, sin esperar a la conclusión del procedimiento, tan pronto como se acredite que se sigue causa criminal sobre aquel delito, cuando, a juicio del tribunal, el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto.

En relación a lo anterior, la prejudicialidad penal como causa de suspensión del proceso civil tiene las siguientes exigencias: que se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito perseguible de oficio; que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil; y que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil. Así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, al declarar que el artículo 362 de la ley de Enjuiciamiento Civil establece una norma de prejudicialidad penal, que es siempre devolutiva (art. 10.2 LOPJ) pero, que aparte de ser interpretación restrictiva (STS 11.6.1992), exige que la sentencia civil haya de fundamentarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito (ATS 24.11.1998 y STS 10.5.1985, entre otras). El fundamento no es exclusivo cuando la resolución civil no depende de la decisión penal (SSTS 11.6.1992 y 7.7.1995).

En el presente caso los hechos objeto de la causa criminal coinciden con los que fundamentan la pretensión de la parte demandada, y la decisión que sobre los mismos adopte el órgano penal, ha de influir también decisivamente en la resolución del asunto civil, por lo que procede decretar la suspensión del proceso civil hasta la resolución de la causa criminal.

A sensu contrario, cabe preguntarse por **los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre el posterior proceso civil.**

Establece el art. 116.I LECrim que “La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”. Del mismo se desprenden, con meridiana claridad, las siguientes consecuencias: a) que la responsabilidad civil, y en consecuencia la pretensión que se formula para

exigirla, no dependen del fallo recaído respecto de la acción penal —salvo en el supuesto expresamente señalado en ese artículo-, de modo que no existe un obstáculo para un posterior proceso civil, que necesariamente se sustanciará ante los Tribunales civiles (art. 116.II LECrim); b) que en la segunda hipótesis —la declaración de inexistencia del hecho— debería dar lugar a que no se formule una pretensión civil basada en ese mismo hecho, pero que en el caso que así se haga, la declaración de inexistencia de un hecho debe ser considerada por el Juez ante el que se formula dicha pretensión.

Se deriva de ese modo una vinculación del Juez civil respecto de la declaración de inexistencia del hecho formulada por el Juez penal. La cuestión que ahora nos debemos plantear es si existe una vinculación semejante en el caso de la sentencia penal que absuelve por apreciar la prescripción de la acción penal. Cabe preguntarse si la pretendida eficacia vinculante establecida por el art. 116.I LECrim alcanza algún otro supuesto distinto al de la declaración de inexistencia del hecho del que pueda nacer la acción civil, en concreto, a la existencia de un hecho con relevancia en la pretensión civil de responsabilidad extracontractual, e incluso, como veremos, a la declaración jurisdiccional de un derecho a la reparación de daños.

El punto de partida para establecer esta posible eficacia de la sentencia penal es aquel en el que se toman como referencia sentencias penales absolutorias por motivos distintos a los expresamente contemplados en el art. 116.I LECrim, cuyo tratamiento procesal a los efectos aquí estudiados debe ser extensible a las sentencias penales de condena que no han agotado el tratamiento procesal de la responsabilidad civil, en cuyo caso la sentencia civil que se dicte será una sentencia complementaria, así como a los supuestos en los que se haya operado una previa desaccumulación de la acción civil mediante la oportuna reserva. En todos estos casos manda el párrafo segundo de ese mismo art. 116, que las partes se remitan para su tratamiento a un proceso civil (o en su caso laboral o contencioso-administrativo) ulterior y es evidente que en estos supuestos no existe cosa juzgada.

VII. CONCLUSIONES

Hacemos nuestras las conclusiones del catedrático integrante del tribunal de oposición, pues son difícilmente mejorables, llegando a decir que “la solución adoptada por la STS 398/2017, Pleno de 27 de junio se inscribe en una decidida tendencia de la Sala Primera, bien conocida desde hace años, de interpretar de manera amplia la interrupción de la prescripción de la acción civil por causa de un

procedimiento penal, del tipo que fuere, sobre los mismos hechos. La paradoja que puede suponer que incluso quien ocupa en el proceso penal la posición de denunciado (o similar: acusado, imputado, investigado) se beneficie de la interrupción no llama la atención si se atiende al fundamento que, según reiterada jurisprudencia del TS, tiene dicha interrupción. El proceso penal interrumpe la acción civil no por razón de la identidad de quienes intervienen en ese proceso, u ocupan en él una determinada posición). La razón de la interrupción es meramente objetiva y radica en la identidad, o de manera más amplia, la conexidad de los hechos investigados penalmente y de los que luego han de constituir el presupuesto de la acción civil. Y como la interrupción obedece a esos motivos objetivos, la esfera subjetiva de los beneficiados por ella va más allá de los intervinientes en el proceso penal y de la posición ocupada por ellos en ese proceso.

Esta explicación de la interrupción de la acción civil como consecuencia del proceso penal pendiente sobre los mismos o conexos hechos posterga, como se notará, la otra justificación dada tradicionalmente a la interrupción de la prescripción, a saber, la voluntad conservativa de la acción o derecho por parte de su titular. Para el TS quien interviene en un proceso penal como denunciado se beneficia de la prescripción no porque haya exteriorizado esa voluntad conservativa mediante, por ejemplo, la formulación de una denuncia o incluso la presentación de una querrela, sino porque el proceso penal es per se causa de la interrupción. Aunque quisiera, el denunciado no podría ejercitar la acción civil sobre los mismos hechos mientras esté en trámite el proceso penal. Por lo que es lógico, que la interrupción derivada del proceso penal también le aproveche”.

VIII. JURISPRUDENCIA

STS 2499/2017- Sala de lo Civil. Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

Sentencia 528/2013 del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

STC 109/2008, Segunda, de 22 de septiembre. Ponente: Guillermo Jiménez Sánchez.

STC 16/2008, Segunda, de 31 de enero. Ponente: Elisa Pérez vera.

SSTS 11.6.1992 y 7.7.1995.

STS 11.6.1992.

Doctrina Civil

DEL PROCESO RELATIVO A LA SUBASTA JUDICIAL Y SUS FASES: PREPARACIÓN, DESARROLLO, PAGO AL EJECUTANTE Y DESTINO DEL SOBANTE. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PREVISIONES DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA EN EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE EFICIENCIA PROCESAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE JUSTICIA Y LAS PREVISTAS FINALMENTE EN EL REAL DECRETO LEY 6/2023 DE 19 DE DICIEMBRE

Estela Torres Plaza

Abogada adscrita al Ilustre Colegio de Abogados de Lleida

SUMARIO: *I. Introducción. II. La preparación de la subasta: El avalúo de bienes y otras actuaciones previstas. III. Desarrollo de la subasta. IV. Pago al ejecutante y destino del sobrante. V. Conclusiones. VI. Bibliografía. VII. Legislación utilizada. VIII. Jurisprudencia y resoluciones*

I. INTRODUCCIÓN

La subasta judicial, en los procedimientos de apremio, conlleva la realización de un proceso que en algunas ocasiones puede ser algo dificultoso dada la existencia de distintas particularidades en función de los bienes a realizar. No es lo mismo que se trate de una ejecución hipotecaria, de una ejecución proveniente de un proceso de declarativo en la que se busque la ejecución de bienes muebles o inmuebles que no estén garantizados con hipoteca o que provengan de un proceso de división de la cosa común. En el presente artículo nos referiremos al procedimiento de subasta judicial en los procesos de ejecución ordinarios, intentado englobar de forma resumida todas sus fases hasta la realización del bien, así como señalar las modificaciones previstas más significativas que traía consigo el proyecto de ley de medidas para la eficiencia procesal del servicio público de justicia, pero que no han sido incluidas finalmente en Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

II. LA PREPARACIÓN DE LA SUBASTA: EL AVALÚO DE BIENES Y OTRAS ACTUACIONES PREVISTAS

1. El avalúo

Debe considerarse, el avalúo de los bienes objeto de subasta, como el paso previo a la celebración de la misma, por el cual se determina, a través del informe de un perito especializado, el valor del bien o bienes objeto de embargo, al fin de poder establecer un justiprecio que sirva a los efectos de subasta. Su regulación se encuentra en los artículos **637 a 639** de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), tanto para bienes muebles como inmuebles, y añadiendo para la valoración de los bienes Inmuebles específicamente la regulación contenida en el **666 de la LEC**.

Previo al inicio de la subasta, se procederá al avalúo de los bienes embargados tanto para subasta de bienes muebles como de bienes inmuebles, salvo los bienes que se encuentren comprendidos en el **634** (dinero, saldos de cuentas corrientes, divisas convertibles etc..) y **635 de la LEC** (acciones, obligaciones u otros valores que coticen o no en Bolsa), y siempre que las partes ejecutante y ejecutada no hayan alcanzado un acuerdo sobre el valor de estos antes o durante la ejecución.

En la practica la falta de acuerdo entre las partes, iniciado el procedimiento de apremio y solicitada la celebración de subasta, suele ser frecuente. Para este supuesto la ley prevé un incidente, para resolver la cuestión del precio, regulado en el artículo 639 de la LEC.

En este caso ha habido un avance importante con la modificación del artículo 639 de la LEC a través del **Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre**, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, que ha entrado en vigor recientemente, y nos explicamos.

Antes de la modificación, el letrado de la administración de justicia debía nombrar un perito de los existentes en la lista del juzgado. Una vez aceptaba el encargo este tenía ocho días para entregar el informe de valoración al tribunal, teniendo que dar el tribunal traslado para la posible presentación de alegaciones o informes alternativos a las partes y a los acreedores.

En la práctica nos solemos encontrar habitualmente casos en los que el ejecutado no se encuentra personado, por lo que nos encontrábamos ante la dificultad de notificarle el informe de valoración

para la realización de posibles alegaciones o valoraciones alternativas, con la consecuente dilación del procedimiento. En este sentido se pronunciaba FONT DE MORA RUTLLÁN¹ que concluía que el artículo 639.4 de la LEC, en el que se obligaba a dar traslado para alegaciones o valoraciones alternativas, únicamente hablaba de partes, sin precisar. Además, añadía que la LEC no se pronunciaba en el artículo 639.4 sobre si debía darse traslado o no al ejecutado no personado, como sí que lo hacía en otros artículos como el 645 de la LEC para la notificación de las subastas, en el que indicaba que el anuncio de convocatoria de subasta en el BOE serviría de notificación al ejecutado no personado.

Con la presente modificación del artículo 639.1 de la LEC en la que se establece la obligación de entrega del informe de valoración simultáneamente a las partes personadas y al tribunal, se supera esta situación. Entendemos que se resuelve la cuestión de la notificación del informe de valoración al ejecutado no personado, siendo que únicamente se entregará dicho informe a las partes personadas, (639.4 en relación con el punto primero), que posteriormente, podrán presentar alegaciones a la misma, lo que evita tener que dilatar el proceso.

Una vez realizadas las alegaciones de las partes, acreedores posteriores, y valorados los informes aportados, el letrado de la administración de justicia, determinará mediante decreto, la valoración definitiva a efectos de ejecución. Téngase en cuenta que, fijado el valor del bien de forma definitiva, se procederá a la liquidación de cargas anteriores. Hay que diferenciar entonces, lo que es el valor de tasación que concluyen los informes periciales, de lo que es valor de liquidación por el que el bien sale a subasta.

El valor de liquidación es la cantidad que resulte de descontar al valor de tasación obtenido en el avalúo, el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución. La LEC lo prevé en su artículo 666, siendo que debemos tener en cuenta que, a pesar de estar regulado para la valoración de bienes inmuebles, también es aplicable en la práctica a los muebles con publicidad registral. Es de suma importancia, considerar, que si las cargas se establecen como superiores al valor del bien el LAJ dejará en suspenso la ejecución, **por ese motivo es importante que el informe de cargas por los acreedores esté actualizado y establezca los**

¹ 1 de febrero de 2019. Fijación del valor de los bienes embargados en caso de dictámenes discrepantes o como aplicar el AT 639.4 de la LEC. Jaime Font de Mora Rullán. Noticias Jurídicas. URL noticias.juridicas.com. (21/08/2023).

pagos que se les haya podido realizar a fin de descontarlo del avalúo y evitar suspensiones innecesarias.

2. Otras actuaciones previas a la subasta en la ejecución de bienes inmuebles

a) Certificación de dominio y cargas

Cuando los bienes embargados sean inmuebles, derechos reales que recaigan sobre los mismos, o bien se trate de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos, será necesario que el letrado de la administración de justicia, responsable de la ejecución, libre mandamiento al registrador de la propiedad, a cuyo cargo se encuentre el registro de que se trate, para que remita al juzgado certificación de cargas donde consten los extremos señalados en el artículo 656 de la LEC, esto es, la titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado y los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien, o que en su caso que se halla libre de cargas.

El registrador de la propiedad hará constar, por nota marginal, la expedición de la certificación además notificará de forma telemática al letrado de la administración de justicia y al portal de subastas, el hecho de haberse presentado otro u otros títulos que afecten a la información inicial, a los efectos de la convocatoria de subasta, regulada en el artículo 667 de la LEC. El portal de subastas recogerá la información proporcionada por el registro de modo inmediato para que los licitadores puedan consultar el contenido del mismo.

La certificación de cargas es un instrumento útil para que los licitadores puedan tener la información relativa a la adquisición del bien, sin tener que realizar averiguaciones de forma particular o a través del juzgado ante el que se esté sustanciando el proceso de ejecución. En la mayoría de las subastas, junto al edicto, se adjunta la certificación de cargas. Ahora bien, en algunas ocasiones el juzgado no publica la certificación junto al edicto. En realidad, no existe en la vigente LEC artículo que obligue a publicar junto al edicto la certificación de cargas. El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia, pretendía una importante modificación en este aspecto, pasando a determinar la necesidad de, entre otros requisitos, aportar junto al edicto el certificado de dominio y cargas, lo que entendemos era un acierto ya que agilizaría el procedimiento y evitaría el peregrinaje de los postores por los juzgados en busca de información. Dicha modificación no se ha adoptado finalmente por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de

servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, a pesar de la utilidad que hubiera reportado al proceso.

b) Situación posesoria del inmueble

Nos podemos encontrar ante situaciones posesorias distintas, según la existencia de acreedores titulares de créditos anteriores, preferentes al que sirve para despacho de ejecución, o a la existencia de titulares de derechos posteriormente inscritos al asiento del ejecutante. También nos podemos encontrar ante un bien embargado inscrito a nombre distinto del ejecutado o bien que la finca este siendo ocupada por terceros distintos del ejecutado. Para cada situación la ley de enjuiciamiento civil da una respuesta.

Cuando del certificado de cargas se derive la existencia de acreedores preferentes al propio del despacho de ejecución, que no olvidemos, deberán cobrar con carácter anterior al propio acreedor ejecutante, la LEC establece en su **artículo 657** que el letrado de la administración de justicia oficiará a los acreedores preferentes para que informen sobre el estado de la deuda. Para el caso de desacuerdo entre acreedores y ejecutado deberá convocarse una vista ante el tribunal, que se resolverá mediante auto. Si requeridos los acreedores por el Letrado de la administración de justicia estos no contestan, se entenderá, a los solos efectos de la ejecución, que la carga se encuentra actualizada al momento del requerimiento.

Si se trata de acreedores de derechos posteriormente inscritos al asiento del ejecutante, los mismos tendrán derecho a obtener la satisfacción de la deuda a través del sobrante de la subasta. Según lo dispuesto el **659 de la LEC**, el registrador será el encargado de comunicar la existencia de la ejecución a los titulares de los derechos que figuren en la certificación de cargas. Hay que poner de relieve, pues no es una cuestión poco importante, que a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la expedición de la certificación de dominio y cargas no se les realizará comunicación alguna, sin perjuicio que estos puedan participar en el avalúo y otras actuaciones del procedimiento.

Para el caso que, de la certificación que expida el registrador, resulte que el bien inscrito se encuentre a nombre de persona distinta del ejecutado, siempre que la inscripción fuera anterior a la anotación de embargo que da lugar a la ejecución, el letrado de la administración de justicia, oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo, salvo que nos encontremos ante dos supuestos: que el procedimiento se siga contra ejecutado en concepto de heredero de quien apareciere como dueño en el registro, o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal

concepto. No se discute sobre la propiedad del bien, pues pertenece el mismo a un tercero distinto del ejecutado, por lo que el alzamiento del embargo se deberá realizar sin más tramites. (658 LEC).

Si la inscripción del dominio a nombre de persona distinta del ejecutado fuera posterior a la anotación de embargo que ha dado lugar a la ejecución, el nuevo poseedor podrá personarse en el procedimiento de ejecución entendiéndose con él las actuaciones ulteriores.

Una de las cuestiones más debatidas en el seno de la doctrina y la jurisprudencia es que alcance tiene la responsabilidad de los terceros poseedores adquirientes del bien en la ejecución. Principalmente debemos distinguir dos supuestos:

En primer lugar, **el adquiriente del bien que se está ejecutando, cuya anotación preventiva de embargo se ha realizado o se haya consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio**. En este caso, el adquirente, en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o a la adjudicación al acreedor, podrá liberar el bien pagando el principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien.

En segundo lugar, **el adquiriente del bien que lo haya hecho en otro proceso de ejecución**. En ese caso tendrá como límite a la responsabilidad las cantidades que, para principal, costas e intereses aparecieran en la anotación de embargo en la fecha en que estos hubieran inscrito la adquisición. (662 en relación con el 613.3 de la LEC).

El debate se suscita en torno a si la garantía ofrecida por el embargo se limita a la cantidad establecida en la anotación preventiva de embargo que consta en el registro o por el contrario debe cubrir toda la cuantía efectiva y real que pueda derivarse del procedimiento de ejecución, aunque supere la cantidad establecida en la anotación de embargo.

La jurisprudencia determina que los terceros adquirientes que no hayan adquirido el bien en otro proceso de ejecución responden por todos los gastos que haya habido en el procedimiento de ejecución y no únicamente en la anotación preventiva de embargo².

² **AAP Alicante 256/2019, 19 de Julio de 2019:** *los efectos del embargo respecto de la garantía de toda la deuda que justifica la traba alcanzan a todos los terceros adquirentes y que la limitación derivada de la concreción de la responsabilidad al tiempo de anotar el embargo solo beneficia a los que hubieran adquirido el inmueble embargado en otro proceso de ejecución.*

En el mismo sentido **se ha pronunciado la DGRN en resolución de 14 de julio de 2011**, donde concluye que *cabe: ampliar un embargo sobre lo inicialmente previsto en la ejecución que se acordó, y puede hacerse constar la ampliación, aunque la finca se halle inscrita a nombre de otra persona o se hayan anotado posteriormente otros derechos o gravámenes, salvo la hipótesis del ART 613.3 de la LEC, es decir, salvo que la finca haya sido adquirida por virtud de otra ejecución.*

Ante las posturas mayoritarias de la jurisprudencia, y también la DGRN, podemos concluir que la satisfacción total del acreedor será la regla general, únicamente excepcionada por el supuesto previsto en el 613.3 de la LEC, para el caso de que los bienes objeto de anotación hayan sido adquiridos en otra ejecución³.

Finalmente, para el último supuesto de situación posesoria, nos podemos encontrar ante la existencia de personas distintas del ejecutado que estén ocupando el bien, tales como arrendatarios o poseedores sin título.

La LEC resuelve esta cuestión en el artículo 661, dando la oportunidad a los poseedores para que justifiquen su situación posesoria, al ejecutante la oportunidad de solicitar y resolver su lanzamiento antes de anunciarse la subasta, así como otorgando al adquirente posterior, si el ejecutante no lo hubiera solicitado antes, la posibilidad de solicitar lanzamiento dentro del año posterior a la adquisición. La situación posesoria deberá constar en los edictos.

3. La Convocatoria de subasta, el anuncio y la publicidad de la subasta

Una vez realizados los actos preparatorios anteriormente expuestos, el letrado de la administración de justicia, procederá, mediante decreto, a acordar la convocatoria de subasta. En adelante nos referiremos a la normativa vigente en la LEC, aludiendo, en algunas cuestiones, al Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, el cual proponía un cambio muy importante en la regulación de la subasta pública que nos parece interesante abordar, pero que debemos recordar que, a fecha de hoy, con la reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, no se han incluido en el mismo.

Firme el decreto, como establece el **645 de la LEC**, se procederá a anunciar la convocatoria de subasta en el “Boletín Oficial del estado” sirviendo el anuncio de notificación al ejecutado no personado.

Es frecuente, en la práctica, encontrarnos que, comunicado el procedimiento de apremio al ejecutado, este no se persona en la ejecución y no realiza ninguna clase de actuación, llegando la convocatoria de subasta sin que se haya personado aun en las actuaciones.

En nuestra opinión, el artículo 645 de la LEC ofrece una vía rápida para la celebración de la subasta, evitando que, por el envío de exhortos y averiguaciones de nuevos domicilios, pueda dilatarse más el

³ El alcance cuantitativo de la anotación preventiva de embargo y el derecho del acreedor a la satisfacción íntegra de su crédito. JOSEP MARÍA SABATER SABATÉ, *Revista de derecho Procesal* nº 2/2022 de diciembre 2022, pp. 409-446.

procedimiento. Los procedimientos de apremio en los que se subastan bienes no suelen ser procedimientos que se resuelvan con rapidez, por lo que el artículo 645 de la LEC, al no requerir más que el anuncio en el BOE para tenerse por notificado al ejecutado no personado de la celebración de la subasta, facilita las cosas en ese aspecto y evita una mayor dilación del procedimiento.

Desde otra perspectiva, más garantista con el ejecutado, también cabría la interpretación de la existencia de posible lesión de los derechos del mismo o de terceros en determinados supuestos, como, por ejemplo, que el bien se encuentre ocupado por tercero con título suficiente, el cual debería ser requerido para la exhibición del mismo y proceder según lo establecido en el 661.2 de la LEC.

Esta cuestión se planteaba cambiar, como bien se puede observar, en el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia⁴, que pretendía proceder al establecimiento de una reforma profunda del 645 de la LEC, vaciándolo de contenido, y añadiendo que la notificación del decreto de convocatoria de subasta al ejecutado no personado debería practicarse en la forma prevista en el artículo 155 de la LEC, suprimiendo expresamente que el anuncio en el BOE sirviese de notificación al ejecutado no personado. Finalmente, no se ha producido su modificación en este aspecto, lo que entendemos es un acierto.

En cuanto al contenido del anuncio y de la publicidad de la subasta, se regula en el **actual 646 de la LEC** para el caso subastas de bienes muebles y el **668** para la subasta de bienes Inmuebles.

III. DESARROLLO DE LA SUBASTA

1. La apertura de la subasta electrónica

La subasta electrónica se basa en un sistema de pujas públicas y electrónicas, a los fines de obtener el mayor precio por el bien objeto de la misma, y garantizar a través de los sistemas electrónicos una mayor agilidad en la celebración de esta. La subasta se abrirá transcurridas, al menos, veinticuatro horas desde la publicación del anuncio en el BOE, cuando haya sido remitida al portal de subastas la información necesaria para el comienzo de aquella.

Respecto a la apertura de la subasta, es de *lege lata* que las pujas en la subasta son de carácter público, siendo únicamente necesario, que el interesado o licitador esté dado de alta como usuario a través del portal de subastas, para conocer la última postura realizada. Todo ello se buscaba modificar con

⁴ Proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOE, 8 de junio de 2023.

el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal, que cambiaba radicalmente el sistema de postura pública para convertirlo en un sistema de puja secreta, siendo que no se ha adoptado por el momento ninguna modificación en ese sentido.

Es también de *lege lata* que el portal de subastas informará durante la celebración de la existencia y cuantía de las pujas. Esta última referencia, contemplada en el 648.3 de la LEC también se pretendía modificar en el Proyecto de Ley anteriormente mencionado, en el anhelo de que el establecimiento del sistema de puja secreta incentivara a los licitadores para conseguir precios más altos en la realización del bien.

2. Constitución de depósito previo como requisito para licitar

Con arreglo a los vigentes artículos 647 de la LEC respecto de los bienes muebles y 669 respecto de los bienes inmuebles, los licitadores para poder participar en la subasta deberán haber consignado un depósito previo del **5 por ciento** del valor de los bienes en caso de muebles o del valor de liquidación en caso de inmuebles. Hay que matizar que, en **el caso de bienes inmuebles o bienes con una situación registral parecida**, el 5 por ciento del depósito se computará sobre el valor de liquidación, no el de tasación, es decir, descontando del avalúo todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución.

Sobre los depósitos, el Proyecto de Ley de medidas para la eficiencia procesal propuso un aumento de estos para intervenir en la subasta, confiriendo a su vez al LAJ la potestad de elevar o reducir el porcentaje del depósito considerando las circunstancias de la misma. Finalmente, no ha llegado a producirse tal modificación.

Con arreglo a la legislación vigente en la LEC, el ejecutante que tome parte de la subasta queda exento de consignar depósito.

En relación al dinero, que se constituye como depósito para licitar, una vez concluida la subasta, se devolverán las cantidades consignadas a los postores, excepto al mejor postor, que se reservará en depósito o garantía del cumplimiento. No obstante, los demás postores pueden solicitar que no se les devuelvan los depósitos y se les reserven las posturas para el caso que el rematante no se quede con el bien finalmente. En el caso expuesto el siguiente mejor postor que haya reservado su postura sería el nuevo rematante. Todo ello viene regulado en el **652 de la LEC**, que da respuesta a las diferentes situaciones que provienen de la reserva de posturas.

También hay que tener en cuenta que para el caso que ninguno de los rematantes haya consignado el precio y se acabe con una quiebra de la subasta, los depósitos se perderán procediéndose a una nueva subasta, salvo que con los depósitos quede saldado el ejecutante en los términos que se derivan del artículo 653 de la LEC.

3. La facultad de inspección por los licitadores e interesados

Esta facultad, conferida en el artículo 669.3 de la vigente Ley de enjuiciamiento Civil, se establece como un incentivo al deudor que puede ver aminorada su deuda si facilita la inspección del inmueble, todo ello en aras a facilitar el buen funcionamiento de la subasta. Cualquier interesado en la subasta, durante el período de licitación, puede solicitar del tribunal inspeccionar el inmueble o inmuebles ejecutados. El tribunal se comunicará con quien estuviere poseyendo el mismo y si finalmente se procede a su inspección se podrá aminorar la deuda en un 2 por ciento del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado. En la práctica no es muy habitual que se solicite la inspección de los inmuebles por los licitadores, pues el propio edicto, en la mayoría de los casos, no contempla esta posibilidad. **A pesar de ello debemos tener en cuenta que dicha inspección no se llevará cabo de forma judicial, es decir, la inspección se realizará extrajudicialmente.** El juzgado pondrá en contacto a los interesados en inspeccionar el inmueble con el poseedor, una vez este se haya pronunciado sobre la voluntad de dejar inspeccionar el inmueble, pero el tribunal no va a intervenir en la inspección física. **Serán los interesados los que deberán dejar constancia de la realización de la inspección al juzgado.** Ante tal escenario, nos podemos encontrar que, estando dentro del período de licitación, el letrado de la administración de justicia, opte por suspender la subasta por un período prudencial para que se proceda a inspeccionar el inmueble, lo que puede conllevar un perjuicio para el ejecutante si la suspensión tiene una duración superior a 15 días, dado que en ese supuesto deberá procederse nuevamente a la publicación del anuncio de subasta y nueva petición de información registral, como si de una nueva subasta se tratase, por así establecerlo el artículo 669.4 de la LEC.

4. Posturas y aprobación del remate. Cierre de la subasta

La subasta admitirá posturas durante **un plazo de veinte días naturales** desde su apertura, con independencia de la clase de bien que se subaste.

La regulación de las posturas necesarias para la adjudicación del bien se establece para los bienes muebles en el artículo **650 de la LEC** y para el caso de bienes inmuebles en el **670 de la LEC**.

De acuerdo a la LEC, la realización de las posturas se irá realizando por los licitadores de forma electrónica. Nada impide que se pueda realizar más de una postura por licitador. Se establecen diferentes consecuencias en función de las posturas realizadas y el mejor precio obtenido, teniendo en cuenta la diferencias entre bienes muebles e inmuebles.

Observamos que en función de las posturas se derivan diferentes consecuencias, pero **¿qué ocurre si en la subasta no hubiere ningún postor?** La solución nos la da el artículo **651 de la LEC** para el caso de bienes muebles y el **671 de la LEC** para el caso de bienes inmuebles, estableciendo la posibilidad de que en el plazo de 20 días el ejecutante se adjudique el bien, siempre que cumpla con los requisitos que establecen ambos artículos para cada tipo de bien.

En cuanto al cierre de la subasta, en la vigente LEC, no se producirá hasta **transcurrida una hora desde la realización de la última postura**, siempre que ésta fuera superior a la mejor realizada hasta ese momento.

5. El decreto de adjudicación

Aprobado el remate y consignada la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará por el LAJ decreto de adjudicación, en el que se exprese en caso de bienes muebles que se ha consignado el precio (650.7 LEC) y en caso de bienes inmuebles además las circunstancias necesarias para la inscripción, con arreglo a la legislación hipotecaria. El testimonio de decreto de adjudicación es título bastante para la inscripción en el registro de la propiedad.

Con respecto al decreto de adjudicación, y su inscripción en el registro de la propiedad (673 LEC), se ha suscitado durante muchos años la controversia de si el registrador de la propiedad podía proceder a la revisión del mismo o por el contrario simplemente debía ceñirse a su calificación. Dicha controversia se terminó cuando se dictó la **sentencia de pleno por el Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2021** la cual establece que el LAJ es la autoridad competente para dictar el decreto de adjudicación y para interpretar y aplicar las normas reguladoras de la subasta, del precio de remate y de la adjudicación. El registrador tiene competencia para calificar, pero no puede entrar a revisar el contenido del mismo ni tampoco puede proceder a forzar su revisión dado que es una atribución judicial que se ejercerá a través de la resolución del recurso correspondiente.

IV. PAGO AL EJECUTANTE Y DESTINO DEL SOBRENTE

1. Pago al ejecutante

Se establece, como regla general en las ejecuciones ordinarias que, con lo que se obtiene de la realización forzosa del bien se proceda a reintegrar al ejecutante el capital e intereses de su crédito y las costas de la ejecución.

Dicha regla general se infiere de la regulación de los efectos del embargo contenida para las subastas en el artículo 613 de la LEC.

En las ejecuciones ordinarias, el precio del remate se entregará al ejecutante por toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución. El remanente que pudiera existir, si es que existe, se retendrá por el tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que se deba al ejecutante por los intereses y costas de la ejecución. Todo ello se regula en el artículo 654.1 y 672.1 de la LEC.

Teniendo en cuenta el caso de subasta ordinaria de bienes inmuebles, la particularidad, es que el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al ejecutante.

En ambos casos, una vez satisfechos los ejecutantes, y en caso de inmuebles los acreedores inscritos, se entregará el sobrante al ejecutado o al tercer poseedor. También, para el caso que la cantidad obtenida en la ejecución fuera insuficiente para saldar la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución, más los intereses y costas devengados por la misma, la cantidad se imputará en primer lugar a los intereses remuneratorios, posteriormente al principal, seguido de los intereses moratorios y por último las costas.

2. Pago a los acreedores posteriores

Para el caso de subastas ordinarias de bienes inmuebles o bienes con una situación registral análoga, el pago a los acreedores posteriores al gravamen ejecutado es un hecho que se materializa a través del principio general de derecho “*prior in tempore potior in iure*”, debiendo seguir el orden de cobro del sobrante.

Respecto a los derechos de los acreedores posteriores debidamente inscritos, las cargas, por imperativo de la LEC **artículo 674**, quedaran canceladas por orden del LAJ, pasando el inmueble al adjudicatario libre de cargas posteriores.

V. CONCLUSIONES

Desde la instauración de la subasta electrónica en 2015 a través de la ley 9/2015 de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro civil, los procesos han llegado a más personas y se han agilizado, dándose publicidad a los mismos a través del portal de subastas judiciales y administrativas en la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, así como facilitando las pujas que pueden ser realizadas desde cualquier lugar, lo que ha conllevado que haya aumentado el número de postores y por ende las posibilidades de realización del bien, siendo además un procedimiento mucho más transparente.

No obstante, a pesar de haber mejorado el sistema con respecto a la legislación anterior, sigue existiendo una necesidad de mejorar la regulación de las subastas en varios aspectos, en el sentido de simplificar el procedimiento y sobre todo en agilizarlo aún más, buscando obtener mayores precios en la realización del bien objeto de ejecución sin la pérdida de garantías para el ejecutado. El Proyecto de Ley de medidas para la eficiencia procesal de la administración de justicia, con las reformas propuestas pretendía buscar esa agilización de la celebración de la subasta, ofreciendo modificaciones tan sustanciales en su regulación como la instauración de un modelo de puja secreta buscando conseguir un mayor precio en la realización del bien. A su vez esas modificaciones propuestas pretendían ser más garantistas con el ejecutado, eliminando la posibilidad de que, al ejecutado no personado en el procedimiento de ejecución, se le pudiera dar por notificado a través del BOE, entre otras muchas modificaciones propuestas. Con la reciente entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, no se han aprobado las modificaciones que se contemplaban en el Proyecto de Ley respecto a la subasta, y que eran ambiciosas y de calado, que hubieran afectado profundamente al proceso y a los requisitos para ser licitador, pasando la subasta, como su exposición de motivos indicaba, a convertirse verdaderamente en el elemento nuclear del proceso de realización del bien objeto del apremio, dentro del cual la parte ejecutante y las demás personas interesadas debían realizar todas sus ofertas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1 de febrero de 2019. Fijación del valor de los bienes embargados en caso de dictámenes discrepantes o como aplicar el AT 639.4 de la LEC. Jaime Font de Mora Rullán. Noticias Jurídicas. URL noticias.juridicas.com. (21/08/2023).

El alcance cuantitativo de la anotación preventiva de embargo y el derecho del acreedor a la satisfacción íntegra de su crédito. JOSEP MARÍA SABATER SABATÉ, Revista de derecho Procesal nº 2/2022 de diciembre 2022.

VII. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

AAP Alicante 256/2019, 19 de Julio de 2019.

DGRN en resolución de 14 de julio de 2011.

STS Supremo de 15 de diciembre de 2021 ROJ 4602/2021.

CONSEJO EDITORIAL

Marta Vicente de Gregorio

Magistrada Juzgado de lo Penal nº 3 Toledo con sede en Talavera de la Reina

Pedro Belda Calvo

Magistrado en excedencia

Gloria Rodríguez Barroso

Magistrada del Juzgado de lo Social nº 15 de Madrid

Soledad Hidalgo Serna

Magistrada del Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid

Benjamín Sánchez Fernández

Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Toledo

Javier Casado Román

Letrado de la Administración de Justicia

María Jesús Muñoz Company

Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 4 de Orihuela, constituido en Torrevieja

Sacramento Ruiz Bosch

Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 1 de Orihuela

Juan Antonio Flecha Muñoz

Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 4 de Granollers

Lluís Pérez Losa

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Barcelona

Raquel Lora Peón

Magistrada del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Bartolomé de Tirajana

Rafael Ponce Cuéllar

Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Mataró

Julia Serrano Trigueros

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 4 de Lorca, con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer

José María Bernabéu Vergara

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Lorca

Juan Alejandro Vallino Gutiérrez

Magistrado del Juzgado de Primera instancia Núm. 1 de Arrecife

Óscar Jiménez Moriano

Magistrado del juzgado de primera instancia e instrucción 5 de Talavera de la Reina

Yolanda Urbán Sánchez

Magistrada del Juzgado de lo Social nº 47 de Madrid

Javier del Corte López

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia 7 de Badalona

Patricio Arribas Atienza

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Lorca. Letrado de la Administración de Justicia en excedencia

María de la Luz Lozano Gago

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Ceuta. Letrada de la Administración de Justicia en excedencia

Francesc Calls Ginesta

Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 4 de Barcelona

Victoria Gallego Martínez

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de El Vendrell

Ángel Marcos Gómez Aguilera

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Algeciras

Sergio Brunet Santos

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Mataró

María Gavilán Rubio

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Arganda del Rey

Virginia Vega Clemente

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Zamora

Juan José Losa Benito

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Reus

Javier de Lemus Vara

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Plasencia

Montserrat Carceller Valls

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Granollers

Victoria Trujillo Machuca

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arona

Jaime Klein López

Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria-Gasteiz

Ana Ríos Cabrera

Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 2 de Plasencia

Margarita Fons Carbonell

Magistrada del Juzgado de lo Social nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria

Pilar Barrado Liesa

Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sabadell

Edición: Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado, S.L. (CEJUP). Madrid

www.cejup.es