

BOLETÍN DIGITAL PENAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 35
Febrero 2021

A VUELTAS CON LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN

Joaquín González Caso
Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres

DESALOJO E IMPARCIALIDAD: POSIBLES SOLUCIONES Y RESPUESTAS A LA CONTAMINACIÓN JUDICIAL

Claudio García Vidales
Juez en prácticas

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

Manuel Jaen Vallejo
Magistrado del Juzgado de Lo Penal nº 4 de Getafe
Doctor en Derecho

ISSN: 2605-2773



www.ajfv.es

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Juan Javier Pérer Pérez



A VUELTAS CON LOS PLAZOS DE INSTRUCCIÓN

Joaquín González Casso

Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres

RESUMEN: *La reforma en el año 2015 del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha dado lugar a numerosos problemas y ha supuesto una nueva carga de trabajo sobre unos Juzgados de Instrucción ya saturados. Con la declaración del estado de alarma se interrumpieron los plazos, también para la instrucción. El Real Decreto-Ley 16/2020 trató de aclarar que el plazo no estaba suspendido sino*

interrumpido. Finalmente la Ley 2/2020 de reforma del precepto solventa algunas dudas y crea otras. En estas líneas trato de dar solución a las dudas más frecuentes que pueden surgir de la aplicación de dicho precepto del proceso penal.

PALABRAS CLAVE: *instrucción penal, plazos de instrucción, estado de alarma, procedimiento, régimen transitorio*

1. INTRODUCCIÓN

El momento esencial del proceso penal es el juicio oral, aquel en el que bajo los principios de contradicción, publicidad e igualdad de armas, las partes acusadoras y acusadas despliegan todos sus medios de ataque y defensa. Sólo aquí se puede desvirtuar el principio constitucional a la presunción de inocencia.

La instrucción tiene como única finalidad preparar el juicio oral. En la práctica, en ocasiones porque los fiscales quieren aquilatar una futura sentencia condenatoria, la instrucción es un prolongado y tedioso pasaje en el que se ratifica lo que ya está escrito en un atestado elaborado en un corto espacio de tiempo, algo que muchas ocasiones no es necesario. La Ley Procesal sólo nos exige una diligencia: la declaración del investigado. Por ello, la pregunta no debería ser “cuánto” dura la instrucción, sino “qué” es lo que queremos hacer en ella.

Vaya por delante que entiendo que la reforma del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por ley 2/2020, de 27 de julio, en vigor desde el 29 de julio, ha alterado todos los plazos de instrucción vigentes bajo la redacción anterior, de modo que considero que afecta a todas las diligencias en curso.

2. ¿UN PERÍODO TRANSITORIO?

Entiendo que no. La disposición transitoria de la ley 2/2020 establece que la nueva redacción del artículo 324 de la LECr. afecta a todos los procesos en tramitación a su entrada en vigor.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 estableció en su disposición adicional segunda la suspensión e interrupción de los plazos procesales. *“El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*.

La polémica estaba servida en cuanto que suspensión e interrupción en nuestro derecho no son conceptos sinónimos. La interrupción se refiere a un plazo que vuelve a contarse desde el principio y la suspensión a un plazo que continúa una vez alzada la suspensión.

El precepto añadía: *“el cómputo de los plazos se reanudará en el momento en el que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo”*. La expresión “reanudará” puede entenderse como iniciar desde cero el cómputo o puede entenderse como seguir el cómputo ya iniciado, pues basta con acudir al diccionario de la Real Academia Española para advertir que el vocablo reanudar no goza de significación unívoca, definiéndose como *“renovar o continuar el trato, estudio, trabajo, conferencia, etc.”* Extremo que permite concluir que el término reanudar admite, sin

ninguna duda, el reinicio del cómputo del plazo en cuenta que *renovar* y *reiniciar* se configuran como conceptos sinónimos.

El artículo 8 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alza, con efectos desde el 4 de junio de 2020, la suspensión de los plazos procesales.

El Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia estableció en su artículo 2, núm. 1 que *“Los términos y plazos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos por aplicación de lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, volverán a computarse desde su inicio, siendo por tanto el primer día del cómputo el siguiente hábil a aquel en el que deje de tener efecto la suspensión del procedimiento correspondiente”*.

El precepto trató de eliminar la polémica surgida y dejaba claro que interrupción alcanza su sentido tradicional. Y así, en un informe de la Secretaria Técnica de la Fiscalía General del Estado de 3 de junio de 2020, que establece criterios orientativos sobre los plazos de instrucción del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como consecuencia del estado de alarma se señala que las diligencias de instruc-

ción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses a contar desde el día siguiente hábil al cese del estado de alarma y que en aquellas causas en que la instrucción haya sido declarada compleja, el plazo de instrucción será de dieciocho meses a contar desde el día siguiente hábil al cese del estado de alarma.

El legislador ha optado, pues, por el reinicio del cómputo de los plazos no tomando en consideración por tanto, la parte de plazo transcurrida previamente a la declaración del estado de alarma. Y lo ha hecho así porque ha sido consciente que durante el estado de alarma los Jueces han seguido dictando sentencias y otras resoluciones y se continuó con su notificación, amén de que numerosas diligencias de instrucción fueron suspendidas, de modo que su nueva práctica debe hacerse a lo largo de las siguientes semanas e, incluso, meses. Era previsible —y así fue— que en los primeros días en que se retomara la actividad judicial ordinaria tras el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales, se produjera un notorio incremento en el número de recursos presentados frente a dichas resoluciones y de sucesivas actuaciones procesales, permitiendo con la interrupción dar respuesta adecuada a todo el incremento de trabajo.

En consecuencia, y por lo que se refiere al sistema de plazos de instrucción del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez que se alzó la interrupción o suspensión de los mismos motivada por el estado de alarma, habrá que *“poner el marcador a cero”* y tratándose de causas no complejas, se dispondrá de

seis meses para finalizar la instrucción a contar desde el siguiente día hábil a que produzca dicho alzamiento. En el caso de causas declaradas complejas, ese plazo será de 18 meses.

Hay voces en contra de esta postura que defiende que estamos ante un plazo de caducidad. El legislador ha decidido que se interrumpa y se compute desde 0, por lo que mal podemos hablar de caducidad. En lo relativo a que otra interpretación va en perjuicio directo del reo, las normas penales deben ser interpretadas en favor del reo en caso de duda, pero, no hay que olvidar que esto no es una norma penal sustantiva, sino una norma procesal y no existen dudas a nuestro juicio. Una norma procesal no es una norma que contemple únicamente el reconocimiento de derechos individuales de un investigado. El derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas afecta por igual a todas las partes, acusadoras y acusadas. Un brevísimo plazo de instrucción, por ejemplo, un mes, afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes acusadoras, como ya ha advertido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 5 de junio de 2018 (asunto C-612/2015) y de 12 de febrero de 2020 (asunto C-704/2018).

Tampoco queda afectado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, por cuanto dicho derecho no se identifica con el derecho a que los procesos penales se desarrollen en un determinado plazo, como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1998, de 29 de junio (rec. 3780/1996)

Hay que reseñar que el legislador no ha distinguido el tipo de plazos. Se refiere a todos sin excepción –con las únicas excepciones de los recursos en el núm. 2 del art. 2 del RDL 16/2020-. Y donde la ley no distingue, no debemos nosotros distinguir.

3. LA LEY 2/2020, DE 27 DE JULIO

La reforma del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resuelve algunos problemas y suscita nuevas dudas. Deja bien clara la nueva redacción que las diligencias de investigación “acordadas” antes del transcurso del plazo o de sus prórrogas son válidas aunque se reciban con posterioridad a los plazos. Y esto incluye aquellas que sean consecuencia necesaria de las acordadas (por ejemplo, localización de un testigo en otro domicilio, oficio a entidad equivocada, etc.). Ahora bien, las diligencias acordadas con posterioridad no son válidas. La redacción del precepto es confusa. Lo pedido o acordado fuera del plazo es nulo. Pero no aclara que pasa, algo bastante corriente en la práctica, cuando la parte solicita la diligencia antes del plazo, pero la resolución se dicta después. Algunas Audiencias no admiten esta posibilidad, pero resalto que estamos cuestionando el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que ha sido diligente en su solicitud.

Es interesante señalar que la declaración del investigado no es diligencia de instrucción. Como es la única diligencia preceptiva (artículo

lo 779 núm. 1, 4ª de la LECr.), puede acordarse vencidos los plazos. Así lo indica con meridiana claridad el auto del Tribunal Constitucional de 29 enero de 2019 (núm. 5/2019, rec. 5428-2018), cuando rechazó la cuestión de inconstitucionalidad que planteamos desde la Audiencia de Badajoz con sede en Mérida. Considera que la declaración del imputado no es una diligencia de investigación o instrucción. Con cita de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, el Alto Tribunal entiende que dicha declaración es una “garantía de audiencia previa coherente con los principios inspiradores del derecho y del proceso penal en un Estado democrático de Derecho” o “como medio de defensa”. En suma, la formalización de la imputación es una garantía de defensa, en cuanto que el investigado no es un objeto del proceso, sino un sujeto del mismo.

La duda de si los plazos de instrucción son aplicables, como en la regulación anterior, únicamente a los procesos sumario y abreviado y no al procedimiento por Jurado (o al procedimiento por delitos leves, si excepcionalmente tuviera instrucción) surge de la expresión del primer párrafo, “desde la incoación de la causa”. Sin embargo, el núm. 4 se refiere claramente a aquellos dos procedimientos cuando nos habla de conclusión del sumario o procedimiento abreviado.

Ya no se indica que los plazos quedan interrumpidos cuando se acuerda el secreto de las actuaciones y el sobreseimiento provisional. En el primer caso es dudoso, pero creo que no

debe plantear dudas el segundo. El sobreseimiento supone la paralización de la causa y con ello la interrupción del plazo. ¿O en realidad no sería un supuesto de suspensión con reanudación del plazo, como en la redacción anterior?

Los Tribunales habían aplicado el criterio de la suspensión a otros supuestos como la acumulación de procesos o las cuestiones de competencia. En principio, ninguno de estos casos supone la paralización del proceso. La inhibición exige que el Juzgado de Instrucción continúe practicando las diligencias necesarias para la comprobación del delito (artículo 22, párrafo segundo de la LECr.).

Y, además, no olvidemos que con la nueva regulación, las prórrogas pueden ser innumerables, sin que exista plazo máximo de instrucción.

Tampoco se indica nada sobre la posibilidad de interesar diligencias complementarias las acusaciones en el trámite de los artículos 627 y 680 de la ley procesal penal, cuando no se hubiera pedido la prórroga y hayan transcurrido los plazos para la instrucción. Puede defenderse ahora perfectamente que eso es posible por cuanto dichos preceptos no han sido modificados. La Circular 5/2015, de 13 de noviembre de la Fiscalía General del Estado no las considera diligencias de instrucción.

Importante es la legitimación. Con el sistema anterior, trasunto del anteproyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que atribuía la instrucción al Ministerio Fiscal, sólo a la acusación pública le era permitido solicitar la

declaración de complejidad (núm. 2 del artículo 324), aunque luego todas las partes estaban legitimadas para pedir un nuevo plazo máximo (art. 324.4 LECr.). Esto había motivado en ocasiones que algunos Juzgados de Instrucción “excitaran el celo” del Ministerio Fiscal remitiéndole la causa para que pidiera la declaración de complejidad. Ahora el Juez de oficio o cualquiera de las partes puede acordar prórrogas sucesivas u “ad infinitum”. Y no queda sujeta la petición al plazo de tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Tampoco existen ahora los motivos de prórroga tasados, que tantos problemas habían dado.

En resumen, lo acertado o no de la fijación de plazos en la instrucción el tiempo lo dirá. Y no nos olvidemos que el TJUE considera contrario al artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea una normativa nacional que establece la terminación del proceso por el transcurso del plazo, cuando se aplique a procesos incoados por fraude grave u otra actividad que afecte a los intereses financieros de la Unión Europea.

RESUMEN VOCES

DESALOJO E IMPARCIALIDAD: POSIBLES SOLUCIONES Y RESPUESTAS A LA CONTAMINACIÓN JUDICIAL

Claudio García Vidales
Juez en prácticas

RESUMEN: *Admitida con carácter general la posibilidad de adoptar la medida cautelar de desalojo en los procedimientos derivados de la comisión de hechos calificables como delitos de usurpación de bienes inmuebles tipificados en el artículo 245.2 del Código Penal, el debate se extiende ahora hacia cuestiones que encuentran un fundamento constitucional. ¿Se ve compro-*

metida la imparcialidad del juez de instrucción como consecuencia de la adopción de dicha medida? ¿Qué posibles soluciones pueden plantearse en tal caso?

PALABRAS CLAVE: *usurpación; desalojo; imparcialidad; contaminación; ocupación; instrucción*

1. EL DESALOJO DE *OKUPANTES* EN CASOS DE USURPACIÓN: UNA PROGRESIVA ACEPTACIÓN

La “*okupación*” de bienes inmuebles se ha convertido en los últimos tiempos en una creciente realidad social que ha requerido una respuesta adaptada por parte del ordenamiento y de los operadores jurídicos. Así, tras un debate inicial acerca de la posibilidad de adoptar la medida cautelar de desalojo por parte del juez instructor en el contexto del juicio por el delito leve de usurpación del art. 245.2 CP, actualmente existe una opinión generalizada favorable al respecto. Dicha posibilidad encuentra su fundamento en el art. 13 LECrim, en concreto en la necesidad de proteger a los ofendidos o perjudicados por la comisión del hecho delictivo, así como en la exigencia europea de actuaciones positivas por parte del Estado para la protección del derecho de propiedad¹.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/2020, de 15 de septiembre, facilitó a los integrantes del Ministerio Público pautas y presupuestos concretos para la solicitud de la medida de desalojo en estos procedimientos, con una clara influencia del ordenamiento procesal civil. Así, en el caso de presuntos delitos de usurpación, el fiscal solicitaría la medida cautelar cuando, además de cumplirse los presupuestos clásicos en los términos expuestos en la Instrucción (*fumus boni iuris*, *periculum in mora* y proporcionalidad), el sujeto pasivo del delito fuese una persona física, una persona jurídica de naturaleza pública o una entidad sin ánimo de lucro de utilidad pública. En el caso de que el sujeto pasivo fuese una persona jurídica de derecho privado, la solicitud de la medida requiere que se constate la existencia de un efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de la misma. Del mismo modo, la jurisprudencia ha generalizado la aceptación de tal medida cautelar².

1 STEDH Caso *Casa di Cura Valle Fiorita c. Italia* (recurso 67944/13) ““El Tribunal de Justicia señala también que el ejercicio efectivo y eficaz del derecho garantizado por el artículo 1 del Protocolo 1 no puede depender únicamente del deber del Estado de abstenerse de cualquier injerencia, y puede exigir medidas de protección positivas, en particular cuando exista una relación directa entre las medidas que un demandante pueda esperar legítimamente de las autoridades y el disfrute efectivo por parte de estos últimos de sus activos”.

2. Sirva como ejemplo el AAP de Madrid, Sección 29, nº 55/2020, de 30 de enero (ROJ AAP M 195/2020 - ECLI:ES:APM:2020:195^o); “[...] El delito del artículo 245.2 del Código Penal, sin duda, puede dar lugar a la adopción de medidas cautelares como el desalojo de la vivienda de los ocupantes de un inmueble ajeno que permanecen en el mismo sin la autorización del titular del bien, pero puesto que estamos ante una medida cautelar será necesario analizar, por un lado, los indicios de criminalidad contra las personas afectadas por la medida (*fumus boni iuris*) y, por otro, la necesidad de la medida (*periculum in mora*)”.

2. LA POSIBLE CONTAMINACIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR COMO CONSECUENCIA DE LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Fijados los anteriores términos, es necesario revisar la naturaleza del juicio por delito leve para delimitar y resolver algunas cuestiones periféricas y problemáticas que se plantean como consecuencia de la adopción de la medida cautelar de desalojo. Estas cuestiones aparecen, principalmente, en relación a la imparcialidad del juez instructor y a cómo la misma puede verse afectada como consecuencia del examen previo de la cuestión que se ha tenido que realizar por parte del mismo para acordar el desalojo.

Examinar este extremo nos exige recordar, en primer lugar, el carácter particularísimo de la investigación o instrucción en el juicio por

delitos leves. Tal particularidad llega al extremo de no poder hablar, propiamente, de una fase de investigación, habilitándose al juez instructor para el enjuiciamiento de este tipo de delitos³. Ello no implica, sin embargo, que no se puedan realizar determinados actos de investigación por parte del instructor, dirigidos la mayoría de ellos a la preparación del juicio oral, careciendo tales actuaciones de la intensidad inquisitiva propia de la investigación desarrollada en las diligencias previas o en los sumarios ordinarios.

Como es sabido, la jurisprudencia constitucional y del TEDH ha puesto en relación la falta de imparcialidad objetiva del juez de enjuiciamiento con su participación en la instrucción⁴. Sin embargo, la menor intensidad de los actos de investigación desarrollados en el juicio por delitos leves a la que hemos hecho referencia ha venido a justificar la no afectación de dicha imparcialidad en este tipo de procedimientos⁵. El fundamento último de estas tesis lo encontramos en la posibilidad de que el instructor haya formado una idea preconcebida sobre la culpabilidad o no del acusado. No existen-

³ STC 34/1985, de 7 de marzo (ECLI:ES:TC:1985:34); “una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y practican las pruebas”.

⁴ Sirva como ejemplo STC 60/1995, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:1995:60); “Se distinguen dos clases de imparcialidad: la subjetiva (ausencia de prejuicios o parcialidades de un Juez concreto con un caso concreto) (casos De Cubber y Piersack), la cual se presume siempre salvo prueba en contrario (informe de la C.E.D.H., caso Hauschildt), y la objetiva o funcional, que hace relación a las garantías que el órgano judicial ofrece para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad por consideraciones de carácter funcional u orgánico. Esta última se puede considerar comprometida cuando el Juez encargado de la decisión realiza o ha realizado una investigación directa de los hechos y ha intervenido directamente en la instrucción, esto es, cuando se confunden en una misma persona las funciones de instructor y juzgador, cuando el Juez que ha de decidir ha tenido una intervención indirecta en la instrucción, la ha supervisado o intervenido como Fiscal en ella (caso Piersack)”.

do tal idea, la imparcialidad de aquél, que es el encargado del enjuiciamiento en el proceso por delitos leves, no se verá comprometida.

Surge así la cuestión a la que pretende dar respuesta este texto: ¿el examen de los presupuestos requeridos para la adopción de la medida cautelar de desalojo compromete la imparcialidad del juez que llevará a cabo el enjuiciamiento? Recordemos que la Instrucción de la FGE nº 1/2020, de 15 de septiembre, delimitó el *fumus boni iuris* necesario para el desalojo como la apreciación de sólidos indicios de la comisión de un delito de usurpación. En principio, la respuesta a la cuestión parece afirmativa, pues resulta difícil imaginar un supuesto en el que un acto desarrollado durante la investigación pueda afectar más a la idea del instructor sobre el resultado final del procedimiento⁶.

3. SOLUCIONES ADAPTADAS PARA UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL

Las respuestas y soluciones a esta problemática son varias, algunas al alcance de los órganos jurisdiccionales y otras requiriendo la intervención del legislador:

a) Examinar la medida cautelar desde un punto de vista exclusivamente objetivo y contradictorio, asumiendo que el desalojo tiene como finalidad única la protección del propietario y privando al instructor de la iniciativa propia de la investigación ordinaria. La adopción de tal medida no es una actividad inquisitiva e investigadora, sino más bien una cautela preservadora de derechos tomada en el contexto del proceso penal. Esta tesis requiere que el juez instructor abandone la faceta de investigador y adopte el desalojo con sometimiento pleno a la contradicción, lo que implica que la medida sea solicitada exclusivamente por la acusación, en consonancia con la Instrucción FGE nº 1/2020, y que el investigado se encuentre en todo caso asistido de abogado, incrementando las garantías previstas en el art. 967 LECrim y ofreciéndole la posibilidad de que aporte título que justifique la posesión del inmueble⁷. En

⁵ Ver, entre otras, STC 52/2001, de 26 de febrero (ECLI:ES:TC:2001:52).

⁶ STC 320/1993, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TC:1993:320); “En efecto, constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 L.E.Crim.). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar; y basta con constatarlo así para dispensar a este Tribunal del examen que, desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pudieran proporcionar otras resoluciones y actos de investigación practicados por el Juez de Instrucción núm. 5 de Málaga”

mi opinión, esta opción es la de más sencilla implantación, sin requerir modificaciones legislativas y escrupulosamente garantista con los derechos del acusado.

b) Implantar un sistema de reparto adicional. Esta solución ha sido propuesta por GUILLAMÓN SENENT. Una vez adoptada la medida cautelar de desalojo debe entenderse que la imparcialidad del juez de instrucción se ha visto comprometida, lo cual impide que el mismo pueda entrar a conocer del fondo del asunto mediante el enjuiciamiento de los hechos. Es por ello que la causa debería pasar a un turno de reparto preestablecido entre el resto de juzgados de instrucción del mismo partido judicial. Si bien SENENT apuesta porque la problemática podría solucionarse mediante la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, debo discrepar en este punto. La adopción de una medida cautelar de esta entidad, afectante a derechos como la propiedad y la vivien-

da, debería sustraerse a la decisión del fiscal y ponerse en manos del órgano jurisdiccional que, por otra parte, podría ser quien acabase decidiendo sobre el fondo del asunto, volviendo a plantearse la problemática expuesta⁸.

c) Transformar el delito de usurpación en un delito menos grave. Actualmente, el delito de usurpación contemplado en el art. 245.2 CP se castiga con la pena de multa de 3 a 6 meses, lo que implica que, conforme a los arts. 13 y 33 CP, nos encontramos ante un delito leve que, como hemos expuesto, puede requerir en la mayor parte de ocasiones de la adopción de una medida cautelar como el desalojo. La elevación de la pena en un solo día (3 meses y un día a 6 meses) supondría la conversión del delito en menos grave, atribuyéndose su enjuiciamiento a los juzgados de lo penal. Ello permitiría que la medida cautelar se pudiese adoptar durante la investigación por el órgano instructor sin que se comprometiese la imparcialidad de aquél a

7 Sirva como base la STC 60/1995, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:1995:60); “cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio Público-instructor, la acusación y la defensa”

8 GUILLAMÓN SENENT, José Vicente, “Juicio por delito leve y garantías procesales”. Ponencia. 23 y 24 de marzo de 2017. Centro de Estudios Jurídicos. “La regulación legal no puede obviar dicha realidad que debería obligar en dichos supuestos a un enjuiciamiento por parte de un juez de instrucción distinto del mismo partido por un turno de reparto preestablecido que garantizara el derecho a un juez imparcial y al juez natural predeterminado por la ley. Siendo la solución definitiva la reforma del procesal penal asumiendo la instrucción el Ministerio Fiscal”

9 MAGRO SERVET, Vicente, “El delito de usurpación de inmuebles del art. 245.2 CP: ¿vía penal o vía civil?”, La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, (126), 2017, ISSN 1697-5758

quien corresponde decidir sobre el fondo de la cuestión.

Por último, y en consonancia con una propuesta ya realizada por el magistrado de la Sala Segunda MAGRO SERVET⁹, debo incidir en la necesidad de dar cabida en el ordenamiento procesal penal al art. 150.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofreciendo a los *okupantes* la posibilidad de dar noticia de su situación a los servicios sociales públicos oportunos en el caso de que se acuerde el desalojo de la vivienda, mediando siempre su previo consentimiento a dicha comunicación.

En conclusión, la necesidad de tutelar un derecho como la propiedad de los titulares de inmuebles no debe blindarse en nuestro ordenamiento jurídico en detrimento del derecho a un juez imparcial comprendido por el art. 24 CE, y menos aun cuando la solución a dicha colisión se presenta sencilla y al alcance de todos los órganos jurisdiccionales.

RESEÑAS SENTENCIAS

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

Manuel Jaen Vallejo

Magistrado del Juzgado de Lo Penal nº 4 de Getafe

Doctor en Derecho

1. SENTENCIA NÚM. 603/2018, DE 28-11. ROJ:TS 4027/2018. ECLI: ES: TS: 2018: 4027. RECURSO DE CASACIÓN 828/2018. PONENTE: MAGISTRADO D. LUCIANO VALERA CASTRO. ESTIMA EL RECURSO. VOTO PARTICULAR

TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD COMO CONDICIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: su incumplimiento no acarrea otras consecuencias que las previstas en el art. 86.1 CP, si el incumplimiento es grave y reiterado, que es revocar la suspensión y ejecutar la pena suspendida, o las del art. 86.2, si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, limitándose en tal caso a las agravaciones del nº 1 del citado artículo.

La recurrente había sido condenada en la instancia por un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP, condena confirmada por la Audiencia Provincial, porque habiendo sido requerida para el cumplimiento de trabajos en beneficio de la comunidad, impuestos como condición de la suspensión de la pena privativa de libertad derivada de una responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa, concedida a la misma, no había comparecido a la citación que le había hecho el Servicio de

Gestión de Penas y Medidas Alternativas con el objeto de la elaboración del plan de ejecución de dichos trabajos, alegando la aplicación indebida del art. 468 CP.

La STS estima el recurso, señalando que “cuando de incumplimiento de condiciones de suspensión de la pena se trata, el ordenamiento jurídico establece la consecuencia que corresponde imponer. Así, el artículo 84 del Código Penal prevé la posibilidad de tal suspensión de la ejecución de la pena sometida a, entre otras, la condición de realizar trabajos en beneficio de la comunidad. Y, a su vez, el artículo 86 prevé las posibles consecuencias anudadas por el legislador a las diversas hipótesis descritas en sus apartados 1 y 2”.

En el caso resuelto, no se trataba de una pena impuesta como principal de trabajos en beneficio de la comunidad, ni tampoco de una pena sustitutiva de otra, caso éste al que hacía referencia el art. 88 CP ya no vigente al tiempo de decidirse, sino de una condición impuesta por el juzgado encargado de la ejecución para la suspensión de la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Ciertamente, añade la STS, cuando de pena impuesta directamente se trata, es aplicable el art. 49, y el incumplimiento de esa pena puede acarrear la añadidura de quebrantamiento a que el citado art. 49 CP se refiere, ordenando la deducción, en su caso, de testimonio para aplicación del art. 468 CP, la citada previsión del art. 86 prevalece por específica sobre la del art. 49. Con más razón, añade la STS, “lo que ha de excluirse es

la acumulación de consecuencias del artículo 49 a las del artículo 86 ya que supondría imponer consecuencias gravosas -la sanción del artículo 468 y los incrementos de onerosidad del artículo 86- dos veces por un único hecho, el de incumplir”.

La STS concluye afirmando que el régimen de falta de realización de las condiciones de la suspensión no acarrea otras consecuencias que las previstas en el art. 86.1 del CP -si el incumplimiento es grave y reiterado- que es revocar la suspensión y ejecutar la suspendida o las del artículo 86.2, si el incumplimiento no es calificado de tal intensidad, en que la consecuencia es de menor onerosidad y se limita a las agravaciones del nº 1 del citado artículo. En todo caso no cabe, salvo la excepción prevista en el ordinal 4 del mismo art. 86, decidir sin el procedimiento previo allí establecido. Por tanto, tampoco cabe hablar de tipicidad, ni como quebrantamiento de condena ni como desobediencia desde la imputación de tales incumplimientos, en los casos en que el trabajo en beneficio de la comunidad es una condición de suspensión y no pena principal. La consecuencia a que se refiere el artículo 49, 6ª, párrafo segundo -tipicidad como quebrantamiento de condena- solamente puede predicarse en supuestos en que los trabajos constituyan pena principal”.

2. SENTENCIA NÚM. 664/2018, DE 17-12. ROJ: STS 4341/2018. ECLI: ES: TS:2018: 4341. RECURSO DE CASACIÓN 504/2017. PONENTE: MAGISTRADA DÑA. ANA MARÍA FERRER GARCÍA. ESTIMA EL RECURSO.

DELITO DE QUEBRANTAMIENTO (art. 468 CP): alcance del dolo; distinción del dolo y el móvil del delito. ESTADO DE NECESIDAD (art. 20.5º CP): doctrina de la Sala sobre esta eximente. Pronunciamiento revocatorio del absolutorio en un caso en el que la revisión se concretó en la corrección de errores en la subsunción jurídica, partiendo de elementos fácticos fijados en los hechos probados del órgano de instancia.

1. En este caso el recurso de casación formulado por la acusación particular se dirigía contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, que había estimado el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de lo Penal, absolviéndolo del delito de quebrantamiento de medida cautelar. La cuestión planteada, de interés casacional, tenía que ver con el alcance del dolo en este delito, al existir división en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales: unas vienen entendiéndolo que basta con un dolo genérico, y otras

entienden que es preciso un ánimo específico de desatender la resolución judicial.

La STS recuerda que la Sala viene entendiendo que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar. Por tanto, añade la Sentencia, para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del art.468.2 CP, “basta con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado, y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados”.

No deben confundirse, añade la STS, los conceptos de dolo y móvil del delito, pues los móviles o la intencionalidad de la actuación del autor no conforman el dolo.

En el caso resuelto, en el que los hechos probados de la sentencia de instancia afirmaban que el acusado actuó pese a las prohibiciones establecidas y siendo conocedor de las mismas y de las consecuencias de su incumplimiento, la STS concluye que era incuestionable la concurrencia del dolo correspondiente al tipo penal del delito previsto en el art. 468.2 CP.

La STS, pues, estima el recurso, dejando sin efecto la sentencia absolutoria dictada en apelación, y recuperando en sus pronunciamientos la dictada por el Juez de lo Penal, que había condenado al acusado por el referido deli-

to a la pena de diez meses de prisión, sin que ello ofrezca problema alguno a pesar de tratarse de un recurso contra sentencia absolutoria, al tratarse de una revisión dirigida a corregir un error de subsunción bajo el tipo penal, a partir de los hechos probados fijados por el órgano de instancia, supuesto en el que no es precisa la audiencia del acusado absuelto en sede casación, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo, bastando en casos como el presente, concluye la STS, la intervención de la defensa técnica.

3. SENTENCIA NÚM. 673/2018, DE 19-12. ROJ: STS 4262/2018. ECLI: ES: TS: 2018 4262. RECURSO DE CASACIÓN 81/2018. PONENTE: MAGISTRADA DÑA. ANA MARÍA FERRER GARCÍA. ESTIMA EL RECURSO

DELITO DE RECEPCIÓN (art. 298 CP): el tipo agravado contenido en el art. 298.2 CP no requiere la habitualidad, sino un ánimo de traficar con los efectos procedentes de delito; distinción entre ese ánimo de traficar, y el ánimo de lucro que viene exigido por el tipo básico del art. 298.1 CP; la limitación penológica a la que queda supeditada la punición del delito, prevista en el art. 298.3 CP, está referida

no a la impuesta al encubridor sino a la pena atribuida al delito encubierto en abstracto.

1. En el caso resuelto por esta Sentencia el Ministerio Fiscal había interpuesto el recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, que había entendido que el tipo agravado de receptación del art. 298.2, inciso primero, CP, exige cierta reiteración, de manera que el acto ocasional o aislado de tráfico, es decir, el simple ánimo de realizar una venta, no permitiría la subsunción típica. La STS aprecia el necesario interés casacional, al tratarse de una cuestión sobre la que hay distintas posiciones de las Audiencias Provinciales.

La Sentencia, que estima el recurso del Ministerio Fiscal, señala que del tenor literal del texto legal se desprende que la habitualidad no fundamenta un tipo agravado en la receptación de efectos procedentes de delito, sino que la agravación deriva del ánimo de traficar con ellos, siendo precisa la delimitación de este elemento del tipo agravado, del ánimo de lucro que igualmente requiere la receptación. El ánimo o propósito de traficar, añade la STS, con cita de la STS 1583/1998, “se corresponde con el de introducir los objetos receptados en el círculo económico general, incluso mediante un acto único, por cuanto es independiente de la habitualidad que está referida a la reiteración en aprovechamiento lucrativo y no al modo de tráfico en que ese aprovechamiento puede, pero no necesariamente, ser realizado”.

La STS concluye que “el art. 298.2 exige el ánimo de traficar, que hemos definido como

la intención de comerciar o negociar con los efectos del delito adquiridos, recibidos u ocultados, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil para introducirlos en el circuito económico general, sin que la descripción típica incorpore matización alguna que permita exigir que tal ánimo se proyecte sobre más de un acto de venta”, aunque “dicho ánimo, no necesariamente coincidente con el lucro y compatible con él, debe concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito, sin necesidad de que la operación de tráfico se llegue a materializar, resultando intrascendente a estos efectos el ánimo sobrevenido de forma desligada a la consumación de la receptación”.

2. Otro motivo de casación estaba basado en la aplicación indebida del art. 298.3 CP, según el cual “en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto”, motivo que también es estimado por la STS, rechazando el criterio mantenido por la Audiencia, recordando que la Sala “ha considerado que la limitación penológica a la que queda supeditada la punición de los delitos de receptación, lo es en relación a la pena atribuida al delito encubierto en abstracto”, añadiendo que “lo que se prohíbe es la superación de la pena privativa de libertad prevista para «el delito encubierto» no para el encubridor del mismo, expresión que alude al delito originario de cuyos efectos el receptor se aprovecha, y cuya penalidad a

considerar es la pena abstracta correspondiente al tipo penal, sin tener en cuenta las reducciones o incrementos de pena que alcancen al autor del mismo”.

3. La STS, pues, dicta una segunda instancia en la que condena a la acusada, como autora de un delito de receptación del art. 298.2 CP, a la pena de quince meses y un día de prisión.