



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL

ORDEN PENAL

Nº 7 SEPTIEMBRE
2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- Criterio de proporcionalidad penal en atención a los actos cometidos. Calificación más favorable.

STS Sala Segunda, de 22 de junio de 2016.

Nº Sentencia: 547/2016

Nº Recurso: 2174/2015

Comentario realizado por la Ilma. Sra. D^a. ESMERALDA CASADO PORTILLA, Magistrada de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

2.- Uso de dispositivos de localización tipo GPS y la afectación del derecho a la intimidad

STS Sala Segunda, de 7 de julio de 2016

Nº Sentencia: 610/2016

Nº Recurso: 10936/2015

Comentario realizado por el Excmo. Sr. D. CARLOS GRANADOS PÉREZ, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1.- STS SALA SEGUNDA, DE 22 DE JUNIO DE 2016.

Nº SENTENCIA: 547/2016

Nº RECURSO: 2174/2015

ESMERALDA CASADO PORTILLA

La Sala Segunda estima parcialmente el recurso y, en atención al principio de proporcionalidad, considera que los hechos son constitutivos de dos faltas continuadas de vejaciones injustas, en lugar de dos delitos continuados de abusos sexuales. Al tiempo del dictado de la sentencia, las faltas por las que condena se encuentran despenalizadas.

COMENTARIO

El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22 de junio de 2016, declara haber lugar parcialmente al recurso de casación formalizado por la representación del condenado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección III, de fecha 23 de Julio de 2015, en la que se le consideraba autor de dos delitos continuados de abuso sexual cometidos en menores de 13 años del art. 183 CP, condenándole, en segunda sentencia, como autor de dos faltas continuadas de vejación injusta.

Los hechos en síntesis consistían en roces por encima de la ropa de las menores en glúteos y genitales con ocasión de las clases de guitarra que impartía el recurrente.

La sentencia aborda los temas de la credibilidad del testimonio de las menores, la doctrina sobre la valoración de los informes periciales, diferencias entre el delito de abusos sexuales del art. 183 C.P y la falta de vejaciones del art. 620-2º C.P, L.O. 5/2010 vigente al tiempo de la ejecución de los hechos, y examina el principio de proporcionalidad de la pena.

Estos dos últimos aspectos serán los analizados en este comentario por cuanto nada nuevo se aporta en la sentencia en relación con el aspecto valorativo de las pruebas testificales y periciales.

La sentencia analizada, en su fundamento jurídico quinto, resuelve el motivo esgrimido por la defensa, por la vía del error iuris del art. 849-1º LECriminal, en el que se denuncia la ausencia de ánimo libidinoso o lúbrico y por tanto la posible calificación de los hechos como constitutivos de sendas faltas de vejaciones injustas. En dicho fundamento se afirma categóricamente: *«esta Sala ya ha excluido el ánimo libidinoso de los delitos de abusos sexuales, siendo lo relevante que el acto sexual en sí mismo considerado constituye un acto atentatorio contra la indemnidad sexual de la víctima, objetivamente considerado, cualquiera que sea el móvil que tuviera el autor de la acción»*.

«El móvil no forma parte del tipo penal, formando parte del mismo sólo la acción objetivamente analizada, la cual debe evidenciar con claridad, y más allá de toda duda razonable, un ataque a la libertad e indemnidad sexual de la menor».

Es importante destacar la afirmación subrayada, dado que hasta ahora la jurisprudencia de la Sala parecía más vacilante, existiendo sentencias en las que se contenían expresiones tales como: *«La jurisprudencia de esta Sala, en algunos precedentes, ha situado la línea delimitadora del abuso sexual frente a la falta de coacciones o vejaciones injustas, en el ánimo lúbrico que ha de concurrir en el primero de los delitos y que, sin embargo, está ausente en la falta (ATS 12 mayo 2000). También ha proclamado que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 CP (cfr STS 909/2002, 25 de mayo)»*.

En otras ocasiones, sin embargo, ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del derecho penal,

que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual, afirmando que resultaba obligado atender a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes. En tales casos, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta, (SSTS 6 diciembre 1956, 1302/2000, 17 de julio y 949/2005, 20 de julio).

Es esta segunda opción por la que se decanta el recurso al afirmar que *«en el presente caso, nos encontramos con unos roces/tocamientos por encima de la ropa por la espalda, glúteos y órgano sexual de las menores, efectuados de forma episódica en el curso de la clase de guitarra que daba a ambas menores, sin que pueda precisarse la reiteración de tales roces o tocamientos sin que exista prueba de que eran casi todos los días de clase. (...) Por tanto se concluye que es claro que la acción del recurrente constituyó un ataque a la indemnidad de las menores concernidas, de manera objetiva y con independencia del móvil que animara esta acción»*.

A la hora de tipificar los hechos enjuiciados y en contra del criterio de la sentencia de instancia, considera que aun siendo reprochables penalmente, carecen de la consistencia y gravedad que vertebran el delito de abuso sexual, debiendo estimarse como constitutivos de dos vejaciones continuadas injustas del art. 620-2º CP, texto de la L.O. 5/2010 en vigor al tiempo de la ocurrencia de los hechos.

Por tanto, parece que desde ahora (mal momento) queda sentando que será la gravedad e intensidad de los tocamientos, así como las circunstancias objetivas de tiempo y lugar y subjetivas de víctima y atacante, las que determinarán la línea divisoria entre delito de abuso sexual y falta de vejación injusta y todo por aplicación del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no dedica ni una línea de su sentencia a la aplicación de la disposición transitoria tercera de LO 1/2015 (Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos) y condena por una conducta que actualmente se encuentra despenalizada -

–falta de vejación injusta– excepción hecha de aquellos supuestos en los que el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el apartado 2º del art. 173 del CP (art. 173.4 del CP).

Parece pues algo curioso el esfuerzo argumentativo, más que cuestionable, desplegado por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 25 de enero y 17 de junio de 2016, en orden a dejar sentada su doctrina sobre despenalización de las faltas de lesiones cometidas con anterioridad al 1 de julio de 2015, aun con denuncia previa interpuesta, como requisito de perseguibilidad (cuestión ya analizada en anterior Boletín), y que sin embargo, conductas con tan importante reproche social como los actos de contenido sexual cometidos contra menores, no merezcan tal dedicación.

En cualquier caso, entiendo que el Tribunal Supremo, después de haber analizado las consecuencias que conllevaba la aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de abusos sexuales, que tendría que haber sido la absolución por despenalización de la conducta, al no ser de aplicación el art. 173.4º del CP, bien pudiera haberse hecho uso de lo dispuesto en el art. 4.2º del C.P, pues entiendo que es necesaria la introducción de subtipos atenuados en los art. 181 y siguientes del CP para evitar, a partir de ahora, la impunidad de estas conductas de menor entidad.

Referencia CENDOJ: ROJ: STS 2938/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2938

2.- STS SALA SEGUNDA, DE 7 DE JULIO DE 2016

Nº SENTENCIA: 610/2016

Nº RECURSO: 10936/2015

CARLOS GRANADOS PÉREZ

La Sala Penal del Tribunal Supremo se ha pronunciado, en la Sentencia 610/2016, de 7 de julio, sobre la afectación del derecho a la intimidad por el uso de un GPS instalado por agentes policiales en un vehículo para su localización, en la investigación del autor de dos presuntos homicidios.

COMENTARIO

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, se realiza un minucioso estudio jurisprudencial en relación a la afectación del derecho a la intimidad por el uso de dispositivos de localización tipo GPS o similares antes de que se modificara la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. Y en el caso que examinamos, dicho Tribunal Superior entendió, con la debida explicación, que no se había vulnerado el derecho a la intimidad con tal intensidad que hubiese sido necesaria la previa autorización judicial, y para alcanzar tal convicción ha tenido en cuenta, entre otras razones, la proporcionalidad de la medida en relación a los gravísimos hechos que se estaban investigando; el que el vehículo en el que se colocó la baliza fuese de la titularidad de unas de las víctimas cuyo paradero se investigaba; que se había solicitado a la autoridad judicial la expedición de determinados mandamientos para conocer las llamadas entrantes y salientes en el teléfono móvil del sospechoso y los repetidores que le dieron cobertura, a fin de poder saber el posicionamiento del móvil el día de las desapariciones; también se tuvo en cuenta la escasa duración temporal de la injerencia y que tenía apoyo legal, antes de la reforma de la LECrim., en cuanto la policía judicial había realizado diligencias que se consideraban necesarias, en uso de sus facultades, para la investigación de graves delitos.

En el recurso ante el Tribunal Supremo se dice producida la vulneración del derecho a la intimidad por la instalación en el vehículo que utilizaba el recurrente de un dispositivo GPS o baliza de seguimiento por parte de la autoridad policial sin previa autorización judicial. Tales alegaciones son rechazadas en la Sentencia de casación, atendidas las razones expresadas en la sentencia recurrida. Entre ellas, la mención que se hace de la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso UZUN c/ Alemania, que se refiere al uso de un dispositivo de localización o GPS colocado en un vehículo, sentencia que viene a declarar que en tales supuestos resulta afectado el derecho a la vida privada, ya que en ese caso se habían recogido y guardado sistemáticamente durante tres meses los datos que indicaban el lugar donde se encontraba el investigado, si bien se dice en esa sentencia del Tribunal Europeo que esa afectación lo fue de menor intensidad al entender que estaba sustentado en la legislación alemana y que se había hecho con el legítimo fin de proteger la seguridad nacional, la paz pública, los derechos de las víctimas y la prevención de delitos, por lo que decidió por unanimidad que el uso de ese dispositivo GPS, aunque no estuviese autorizado por resolución judicial, no había vulnerado el artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Igualmente se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la importancia que tiene, a los efectos de la intensidad de la afectación, la duración de la injerencia, ya que en aquellos supuestos en que puede considerarse continuada o de larga duración ello permite crear un perfil sobre la persona concreta, con más intensa injerencia a la vida privada. Así se pronuncian las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Rotaru v. Rumanía, de 4 de mayo de 2000 y Amman v. Suiza, de 15 de febrero de 2000, en las que se expresa que la gravedad de la injerencia se produce por la monitorización continuada de la geolocalización constante y de la información privada que la misma desprende del investigado.

El legislador español, en la reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que introduce un capítulo que tiene como rúbrica “Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización”, ha optado, cuando se utilizan dichos dispositivos, por la necesidad de la autorización judicial si bien prevé, que cuando concurren razones de urgencia, la Policía judicial podrá proceder a su colocación, dando cuenta, a la mayor brevedad posible, y en todo caso en el plazo máximo de 24 horas, a la autoridad judicial, que podrá ratificar la medida adoptada o acordar su inmediato cese en el mismo plazo. En este último supuesto determina el efecto señalando que la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso.

Resulta, pues, evidente que, a partir de la entrada en vigor de la mencionada reforma de la LECrim., la policía judicial necesita autorización judicial para la utilización de medios técnicos de seguimiento o localización cuando puede resultar afectado el derecho a la intimidad de una persona.

Si bien se recuerda que antes de esa reforma, como sucede en el recurso examinado, la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha considerado que la afectación a la intimidad habrá de graduarse conforme a los factores y circunstancias concurrentes en cada caso, y la necesidad de un permanente ajuste al principio de proporcionalidad en la triple vertiente de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 281/2006, de 9 de octubre y 115/2013, de 9 de mayo, se declara que *“si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, «no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial» respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente hemos admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de*

las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad.”

Por último, la sentencia que comentamos de la Sala Penal del Tribunal Supremo distingue si la injerencia recae sobre cosas o personas, señalando que solo puede verse afectado el derecho a la intimidad cuando el dispositivo se utiliza para la localización de personas.

Referencia CENDOJ: ROJ: STS 3621/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3621