

Roj: **ATS 1486/2010 - ECLI: ES:TS:2010:1486A**Id Cendoj: **28079120012010200246**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **22/01/2010**Nº de Recurso: **20330/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a **veintidós de Enero de dos mil diez.**

I. HECHOS

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de Juicio Oral 538/2006 remitido por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón, relativo a las **Diligencias Previas 3913/2003** (Procedimiento Abreviado 77/2005) del Juzgado de Instrucción de igual ciudad, seguidas por denuncia formulada ante la Comisaría de Policía de Castellón de DOÑA Aurelia contra DON Jorge quien ostenta la condición de Senador de Las Cortes Generales en la presente IX Legislatura, conforme consta acreditado en autos.

SEGUNDO.- Tras oír al Ministerio Fiscal, se dicta por la Sala de Admisión Auto en fecha 29 de enero de 2009, **acordando admitir su competencia para el conocimiento de la presente causa**, con designación de Magistrado Instructor conforme al turno establecido.

TERCERO.- Por providencia del Instructor de fecha 29 de Junio del pasado año se cita al imputado aforado a fin de oírle sobre los hechos objeto de la imputación para el siguiente 20/7/2009, teniendo lugar dicha comparecencia y declaración en dicha fecha, conforme consta en el acta levantada al efecto.

CUARTO.- Practicadas cuantas diligencias se consideraron oportunas, tanto testificales como documentales, por providencia de 16 de noviembre del pasado año se acuerda por el Instructor oír al Ministerio Fiscal y a las demás partes en el plazo común de diez días a fin de instar lo que a su **derecho** convenga.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal evacuando el traslado conferido con fecha 24 de noviembre de 2009, DICE:

"... **A)** Que en esta fase de definición provisional, de la acción penal y de imputación de hechos, aparecen cometidos los siguientes, que se describen sucintamente: **Uno. D.** Jorge , que había mantenido una relación de convivencia con D Aurelia , de cuya unión tenían dos hijos menores, **a finales de Mayo de 2.003 interrumpe la vida familiar**, que tenía su domicilio en la CALLE000 NUM000 de Castellón y se marcha a vivir a otra casa.- En estas circunstancias, en las primeras horas de la mañana del 15 de Agosto del mismo año, con la intervención de los servicios de un cerrajero y una agencia de mudanzas previamente contratada, rompe las cerraduras de entrada a la vivienda situada en el piso primero y comienza a embalar y colocar en cajas, diversos libros, cuadros, ordenadores y objetos familiares, que cargaron en el camión de mudanzas y transportaron a otro edificio.-Doña Aurelia , que con toda su familia se hallaba de vacaciones estivales en Benicasin, al ser avisada por una vecina de lo que sucedía, compareció en su domicilio, mostrando su oposición y rechazo.- **Dos.** En iguales circunstancias se forzaron las puertas de la oficina profesional de Asesoría Jurídica y Urbanística Sanz Barrera S.L. (ASEJUR) sita en los bajos del mismo edificio, de la que es titular D Aurelia , en donde registraron y desordenaron documentos y expedientes varios, **propios** de despacho profesional, oficina que se hallaba Cerrada al público, por ser día festivo el 15 de Agosto.- **Tres. D.** Jorge ostenta la condición de Senador de las Cortes Generales en la presente novena legislatura.- **B)** Existen elementos suficientes para fundamentar una pretensión acusatoria por presuntos delitos de **realización arbitraria del propio derecho** y allanamiento de despacho profesional u oficina, previstos y penados en los **artículos 455.1 y 203.1 del Código Penal**.- **C)** Es por todo ello que interesamos transformar



las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado del artículo 779.4º en relación con el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para su enjuiciamiento, con las peculiaridades propias de la condición de aforado, que concurren en el imputado.-A este efecto, interesamos del Excmo. Sr. Magistrado-Instructor que solicite el oportuno suplicatorio de conformidad con los artículos 71.3 de la Constitución Española , 57.1.2º y 750 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La acusación, por escrito de 30/11/09 reitera la práctica de las diligencias interesadas en el escrito de 20 de octubre de 2009.

La defensa, por escrito presentado el 19 de Noviembre de 2009 interesa que, "... en mérito a las consideraciones alegadas en su escrito, acuerde el Sobreseimiento Libre y el Archivo definitivo de las actuaciones al no haber realizado mi representado conducta merecedora de reproche penal.....".

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Castellón elevó en su día exposición razonada, en relación con el Procedimiento Abreviado 77/05, dimanante de las Diligencias Previas 3915/03 del Juzgado de Instrucción num. 2 de dicha ciudad, incoadas con fecha 23/8/03 en virtud de atestado de la Policía Municipal de Castellón por hechos acontecidos el día 15 de Agosto de 2003, al ostentar el denunciado, Excmo. Sr. Don Jorge , la condición de Senador de las Cortes Generales, asumiendo la Sala la competencia, admitiendo a trámite la causa y designando Instructor por Auto de 29 de enero de 2009, y tramitándose estas Diligencias en averiguación exclusivamente de hechos que pudieran ser subsumibles en un delito de **realización arbitraria del propio derecho**, contemplado en el **art. 455.1** del Código Penal , según acotamiento que se efectuó en el referido Auto.

SEGUNDO.- Por el Instructor de esta causa se practicaron las diligencias necesarias en averiguación de los hechos presuntamente delictivos atribuidos al aforado.

Dichas pruebas estuvieron constituidas por la declaración de Jorge , así como la de Aurelia , como Acusación particular.

Así mismo, se aportó diversa prueba documental y se tomó declaración por exhorto a la testigo de referencia Salome con intervención del Ministerio Fiscal.

Tras todo ello y con estos materiales instructores debe declararse completada y agotada la instrucción y así, puesto este material a disposición de las partes -Ministerio Fiscal, Acusación Particular y denunciado-, el Fiscal estimó que procedía peticionar el suplicatorio al existir elementos para fundamentar una pretensión acusatoria; la Acusación Particular insistió en la práctica de diligencias que fueron denegadas por los fundamentos expuestos en la correspondiente Resolución, y la Defensa que procedía el archivo por no existir ilicitud penal en los hechos denunciados.

TERCERO.- Los hechos denunciados resultan de la declaración prestada por los implicados y del atestado practicado por la policía local y se refieren a que el día 15 de agosto de 2003 el denunciado Jorge , que había convivido con Aurelia , manteniendo una relación de análoga afectividad a la del matrimonio durante mas de cuatro años y de cuya unión habían nacido y viven dos hijos (Manuel Guillermo y Paloma), se ausentó del domicilio, propiedad de ambos, en la CALLE000 núm. NUM000 de Castellón, que compartían, el 29 de Mayo de 2003, trasladándose a vivir a casa de sus padres, en la Plaza del Real de la misma localidad, aduciendo, según declaración de Aurelia , en comparecencia con su Abogado el 23 de Junio de 2003 ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Castellón, "sentirse agobiado y necesitar pasar unos días de relax en la casa de sus padres, pero con la clara intención de volver con la manifestante pasado el agobio que le producía el hecho de saber que el próximo 11 de Julio de 2003, fecha prevista para celebrar la boda entre la manifestante y el Sr. Jorge , estaba ya próximo y tenían ambos que acudir al hotel Orange de Benicasim a elegir el menú para la cena..." . Así dejó de acudir al domicilio que compartía con la Sra. Aurelia , salvo para recoger a los niños en fines de semana alternos, habiendo procedido posteriormente la Sra. Aurelia a cambiar la cerradura de la vivienda al haber extraviado su hijo mayor, fruto de otra relación anterior, las llaves y ello "Por motivos de seguridad máxime cuando el Sr. Jorge ya no vive en la vivienda, y en ella permanece la Sra. Aurelia sola, acompañada de su anciana madre de 80 años, y de sus hijos menores de edad decidiera con conocimiento del Sr Jorge cambiar la cerradura, no es la primera vez que se tiene que cambiar por motivo de extravío de llaves por parte de los niños..".

Sobre las siete horas del día 15 de agosto de 2003, el aforado se personó en el domicilio común, sin que en esta fecha existiera Resolución judicial alguna respecto de la vivienda, ajuar familiar, custodia de hijos comunes, régimen de visitas, ni se hubiera acordado medida alguna en orden a la liquidación del patrimonio común, con objeto de coger diversos enseres que consideraba suyos y al hallarlo cerrado y no pudiendo acceder a su



interior se hizo acompañar de un cerrajero y un camión de una empresa de mudanzas y tras conseguir abrir la cerradura, entró en la vivienda y comenzó a retirar sus efectos.

La vecina de enfrente, al oír ruidos, llamó a la Policía Local y a Aurelia que se encontraba de vacaciones, acudiendo primero los policías locales que levantaron el atestado NUM001, en el que hacen constar que sobre las 8,13 horas recibieron una llamada del 092 indicándoles que unos sujetos estaban manipulando una cerradura, que acudieron al lugar identificando a Jorge que les manifestó, según el contenido literal del **propio** atestado policial que a continuación se transcribe en sus apartados esenciales: "...que había estado viviendo hasta hacía pocas fechas en este domicilio junto a la que había sido su pareja de hecho durante cuatro años, Doña Aurelia, pero que por motivos personales se había trasladado a otra vivienda y que se disponía a recoger objetos y enseres de su propiedad, mostrando y entregando copia de documento de compraventa en el que D. Jorge adquirió en su día la propiedad de la mitad indivisa del referido inmueble, así como fotocopia de un documento manuscrito, según se pudo cotejar posteriormente con otro documento, de Doña Aurelia, en el se dice que el anterior se lleve del domicilio en cuestión cuanto quiera, reflejándose además, DNI de ésta, así como su firma, de fecha 7 de julio de 2003. Que asimismo había procedido a cambiar la cerradura de la puerta para poder acceder a la vivienda dado que Dona. Aurelia lo había hecho anteriormente para que este no pudiera acceder a la misma, identificándose los cerrajeros como D. Alejandroy D. Benedicto Preguntado D. Jorge si había en curso algún procedimiento o demanda oficial al respecto, manifestó que no, si bien estaban preparándose diversas actuaciones procesales por parte de ambos. Que fueron apareciendo varias personas mas para colaborar con D. Jorge en la carga de sus enseres, siendo identificados como: José, Maximo, Romeo, Valentín, Carlos Francisco, Juan Francisco, Anibal, Carlos, Donato ...- Que minutos más tarde hizo acto de presencia quien dijo ser DOÑA Aureliala cual manifestó que D. Jorge no tenía **derecho** alguno a sacar nada de la casa, indicándole los actuantes que éste había portado la documentación antes descrita en defensa de su **derecho**, mostrando en ese momento además D. Jorge otra copia de una comparecencia realizada por Doña. Aurelia en el Juzgado de Instrucción nº 2 de esta Capital, en la que se describen varios efectos personales del mismo y que ella reconoce tener en el domicilio de CALLE000 NUM000 - NUM002, pendientes de entrega a D. Jorge y que apoyaba su declaración, sin que esta mujer presentara documento alguno que apoyara la propia ni rebatiera o contradijera el contenido de estos documentos, si bien inicialmente fingió no ser su firma, reconociéndola no obstante con posterioridad Que la tensión emocional manifestada desde el principio de la llegada de Dña. Aurelia, especialmente para con D. Jorge, en ocasiones de forma verbal y en otras, teniendo que interponerse los actuantes y hasta los testigos para evitar agresión física de la primera hacia este último, en todo caso a mantener la presencia policial, intentando al tiempo velar en la medida de lo posible por los **derechos** de ambos como co-titulares del domicilio..... Que se cargaron 70 cajas de libros, reconocidos como **propios** de D. Jorge por ambas partes, si bien entraron en litigio en varios de ellos que quedaron en poder de Dña. Aurelia. También se cargaron diversos cuadros, dos ordenadores, uno Philips y uno Amstrad, con sus impresoras y teclados y una mesa de que aparentemente era un despacho utilizado por D. Jorge; un plumero manteniendo diversas plumas y bolígrafos, manteniendo Dña. Aurelia varias de ellas, estando ambas personas de acuerdo en cuanto al reparto de las mismas, varias cajas con apuntes de la Universidad y de la Carrera Judicial de D. Jorge; una caja de discos antiguos, un mojón kilométrico de piedra; una silla de despacho; una cajonera y dos estanterías; una libreta de BBVA a nombre de D. Jorge y veinticinco videos del "Hombre y la Tierra".....

CUARTO.- De lo instruido hasta la fecha se puede afirmar con solvencia que los objetos que se llevó el aforado el día de autos eran de su propiedad, así como que en esa fecha ni se había producido Resolución que fijara la distribución del ajuar familiar, ni sobre el uso y disfrute del inmueble, ni liquidación del régimen económico de ese patrimonio común, al igual que tampoco existía regulación expresa alguna acerca de la custodia de los hijos comunes, ni su régimen de visitas.

Permanecía vigente pues, sea cual fuere el tipo de régimen patrimonial que regía entre ambos, (los bienes y domicilio no estaban aún distribuidos), la Escritura de la propiedad proindiviso del inmueble de la CALLE000, por lo que, al no existir aún Resolución o pacto sobre atribución del uso y disfrute del inmueble, habrá de afirmarse que esa propiedad y posesión eran conjuntas de ambos, al menos en el momento de los hechos.

En cuanto al delito de **realización arbitraria del propio derecho**, objeto de investigación, hay que recordar cómo el artículo 337 del Código Penal de 1.973 sancionaba a quien con violencia o intimidación "se apoderara de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella", lo que permitía sostener, entre otras cosas, que la consumación se producía cuando se materializaba la **realización del propio derecho**.

Ahora bien, como se afirma en la Sentencia de esta Sala num. 359/1999, de 1 de Marzo, "el Código Penal de 1995 ha modificado esta figura en el sentido de extenderla a la **realización** de cualquier **derecho**, de suprimir la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, o de admitir que pueda realizarse, no sólo con violencia o intimidación, sino también con fuerza en las cosas".



Actualmente la acción típica, ahora descrita en el artículo 455 del Texto punitivo vigente, no es "apoderarse de una cosa perteneciente a su deudor, sino emplear violencia, intimidación o fuerza en las cosas" con la intención de realizar un **derecho propio**.

En este sentido, la STS de 14 de abril de 2004 señaló los siguientes requisitos para la apreciación de este ilícito, así:

*"a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se establecía que el autor del delito fuera titular de un crédito vencido, lícito y exigible, conforme la redacción dada a dicho precepto en el artículo 337 del CP, de 1973. En la redacción actual del artículo 455 cabe aplicar éste a **derechos** no crediticios u obligacionales, entre ellos los reales.*

*b) En cuanto a la dinámica, en relación con el tipo del artículo 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes. Pero se estimaban como constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado. Con la nueva redacción - artículo 455 del CP - se trata de hacer efectivos **derechos** de propiedad, o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los **derechos**, para que se aprecie el tipo del artículo 455 del CP.*

*c) En cuanto al propósito de realizar un **derecho propio**, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia ha entendido que el mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto marcará el delito de robo, mientras que con el delito de **realización arbitraria del propio derecho**, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto."*

QUINTO.- Pues bien, en el caso que nos ocupa existe ausencia de fuerza en las cosas, al no poder considerarse como tal el mero cambio de cerradura de la propia vivienda, cambio que no genera daño alguno y si además tenemos en cuenta que con anterioridad la denunciante había procedido también a cambiar esa misma cerradura no para impedir la entrada al denunciado, lo que en las circunstancias jurídicas de la vivienda de aquel tiempo podría incluso haber llegado a constituir una coacción (vid. al respecto, la STS de 26 de Mayo de 1992, entre muchas otras), sino sólo por razones de seguridad, al haber extraviado su hijo las llaves de la anterior, habiendo autorizado previamente a Jorge, de forma expresa y con su firma, en fecha 7 de Julio de 2003, para recoger de la casa, que recordemos nuevamente que era propiedad proindiviso de ambos y sobre la cual no mediaba Resolución o pacto de atribución de uso, por lo que su posesión también era de los dos, para retirar los objetos **propios** que hasta ese momento se encontraban custodiados por su antigua pareja en el que fuera domicilio común, operación que incluso tuvo lugar en presencia de la misma Aurelia, que alertada por la vecina se presentó en el inmueble, procediéndose, según consta en el atestado policial, a retirar de la casa y cargar en el camión de mudanzas los objetos sobre los que no había duda ninguna de que pertenecían al denunciado, dejando en el inmueble aquellos otros respecto de los cuales no se alcanzó acuerdo acerca de su propiedad, quedando éstos en poder de la denunciante, y entregando a continuación el denunciado a la denunciante las llaves de la nueva cerradura.

Hechos que acontecieron en presencia tanto de miembros de la Policía Local como de numerosos testigos cuya presencia se menciona en el referido atestado policial.

Examinados por consiguiente tales hechos, hemos de concluir en que ni existe el elemento subjetivo del tipo de la infracción de referencia, puesto que el denunciado en ningún momento pretendía realizar un **derecho propio** contra la voluntad de su ex pareja, ni su comportamiento se identifica con el descrito en el tipo penal del artículo 455 del CP, ya que no existió violencia, ni intimidación, ni fuerza en las cosas, sucediéndose los hechos en todo momento a presencia de tan abundantes como cualificados espectadores, incluida la propia denunciante.

Y más aún si tenemos en cuenta que en aquella fecha no existía todavía ruptura de la relación de pareja sino un alejamiento pasajero, según la declaración de la misma Aurelia ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Castellón, asistida de su Letrado, cuando manifestó que "....el **propio** sábado día 21 de los corrientes el Sr. Jorge, como era su costumbre los fines de semana desde que se ha ido de casa, acudió a la misma para recoger a los dos niños pequeños de dos y un año de edad y estuvo conversando durante largo rato con la manifestante, en tono cordial y cariñoso, e incluso se despidieron con un beso. El Sr. Jorge ha tenido hasta este momento total libertad para entrar en la casa pasearse por sus dependencias, sacar los objetos que ha estimado oportunos entre ellos toda la ropa de invierno y de verano en presencia de testigos, incluso ha seguido llamando al despacho de la manifestante hasta el mismo viernes día 20 para dar instrucciones a la secretaria D Salome ...".



Fue sólo posteriormente, con el paso del tiempo, casi siete años después y cuando la separación se vuelve cada vez más conflictiva, a juzgar por las múltiples Sentencias tanto civiles como penales que se han aportado a la causa, cuando se formula la denuncia, lo que no deja de ser también significativo.

Por otra parte y además de todo lo anterior, el tipo objetivo del delito analizado igualmente requiere que la acción del autor se lleve a cabo "*fuera de las vías legales*", lo que aquí tampoco concurre, toda vez que, como hemos visto, tanto para el acceso al inmueble como para la retirada de sus objetos personales, el denunciado se encontraba plenamente facultado.

Los hechos, por consiguiente, sólo cabe incardinarlos, en todo caso, en el ámbito de una contienda de carácter civil, propia de la ya referida separación de pareja, puesto que ocurrieron, volviendo a lo que ya se ha reiterado anteriormente, cuando no existía aún Resolución ni pacto sobre atribución del uso y disfrute del inmueble a cualquiera de los implicados, razón por la que su posesión y propiedad era en aquel momento conjunta de ambos, tanto de la denunciante como del **propio** denunciado, de modo que el acceso al mismo por Jorge era perfectamente lícito, al igual que la retirada de sus efectos personales, autorizada por la propia denunciante, según consta tanto documentalmente como por la narración contenida en el correspondiente atestado policial.

En definitiva, no siendo los hechos constitutivos de delito, procede conforme al **art. 779.1.1º** LECrm. acordar el sobreseimiento definitivo de las presentes actuaciones.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

El Sobreseimiento definitivo de la presente causa, por no ser los hechos constitutivos del delito de **realización arbitraria del propio derecho**, y en consecuencia, que se proceda al archivo definitivo de las actuaciones.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor Don **Jose Manuel Maza Martin**, de lo que como Secretario, certifico,