



Roj: **ATS 3990/2010 - ECLI: ES:TS:2010:3990A**

Id Cendoj: **28079120012010200747**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2010**

Nº de Recurso: **20330/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa Especial**

Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil diez.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 22 de enero pasado este Instructor dictó Auto en cuya parte dispositiva, dijo:

"..... 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."

SEGUNDO.- Notificado el anterior auto al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, la acusación, representada por el Procurador Sr. Calleja García, presentó escrito en el Juzgado de Instrucción número 23 de Madrid en funciones de Guardia, en fecha 19 de febrero pasado, formulando recurso de reforma contra el mismo en base a las alegaciones que en el mismo se contienen..- Se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la defensa de conformidad con lo preceptuado en el **art. 222** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Transcurrido el plazo, la defensa por escrito presentado el 17 de marzo pasado interesa, *la desestimación del recurso de reforma interpuesto debiéndose confirmar en su integridad el auto dictado en fecha 22 de enero de 2010 por el que se declara el sobreseimiento definitivo de las actuaciones, con expresa imposición de las costas procesales para la acusación particular dada su probada mala fe...."*

II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La denunciante recurre en Reforma el Auto anterior, en el que se acordaba el Sobreseimiento libre de las presentes actuaciones al entender que los hechos investigados no son constitutivos de delito alguno (**art. 779.1 1º** en relación con el **637 2º LECr**), y basa su Recurso en diversas alegaciones de las que la primera de ellas se refiere al hecho de que esta Instrucción se haya centrado exclusivamente en la averiguación acerca de si los hechos fueran subsumibles en el delito de **realización arbitraria del propio derecho**, previsto y penado en el artículo **455** del Código Penal.

Ignora la recurrente, en este punto, que en el caso de los procedimientos seguidos contra personas aforadas, la admisión a trámite de las denuncias o querellas, que la lleva a cabo no el **propio** Instructor como en el resto de supuestos, sino una Sala integrada por cinco miembros de este Tribunal, es ese órgano el que delimita, al tiempo de su admisión a trámite, el alcance, tanto fáctico como jurídico, de dicha admisión, lo que condiciona y obliga a quien instruye, jerárquicamente sometido a la Sala, de modo que tan sólo mediante petición expresamente formulada ante ese órgano superior puede, en caso de que éste acceda a ello, ampliar el ámbito de su labor instructora.

En el presente caso, al margen de que el **propio** Juzgado de Instrucción de Castellón del que procede la Causa ya realizó un acotamiento semejante, ni se ha formulado hasta este momento solicitud alguna por las partes acusadoras, pública y particular, en ese sentido, a pesar de conocer perfectamente el contenido



del Auto de la Sala por el que se admitía a trámite el procedimiento con la referida restricción objetiva, ni se ha considerado conveniente ni oportuno tampoco por parte de quien aquí resuelve acudir de oficio a dicho mecanismo, toda vez que suponiendo las infracciones a las que alude la recurrente como no investigadas, en concreto el allanamiento de morada (arts. 202 o 203 CP) y el robo (arts. 240 o 241 CP), un "plus" respecto del delito de **realización arbitraria del propio derecho** que ha sido objeto de investigación, la conclusión alcanzada de no apreciar en el supuesto de autos la existencia de los elementos necesarios para afirmar la presencia de este último ilícito lleva a la consecuencia inevitable de que menos aún puede darse ninguna de las otras dichas infracciones penales.

SEGUNDO.- Por otra parte la denunciante, en su correctamente estructurado escrito de Recurso, pasa a continuación a expresar su respetuosa discrepancia con las conclusiones fácticas contenidas en la Resolución recurrida, toda vez que afirma que es incierto el que, cuando los hechos acontecen, el 15 de Agosto de 2003, el denunciado no hubiera abandonado, de manera definitiva, el domicilio de la pareja, concretamente desde el día 29 de Mayo de ese mismo año, puesto que él mismo dijo a la Policía *"...que había estado viviendo hasta hacía pocas fechas en este domicilio... pero que por motivos personales se había trasladado a otra vivienda..."*, mientras que la propia denunciante también tiene declarado que *"...El Sr. Gustavo ya no vive en la vivienda."*

Afirmando el Recurso que ello supone que se estaba ante una *"...separación de hecho definitiva, en la que el denunciado constituyó un nuevo domicilio, saliendo de la esfera íntima y privada del que fue su domicilio, y por tanto, únicamente podía acceder a él con el consentimiento de sus moradores."*

Pero, sin perjuicio de que con estas alegaciones la parte está persiguiendo en realidad una calificación de los hechos como constitutivos del delito de allanamiento de morada, en el que el bien jurídico protegido no es otro que el de la inviolabilidad del domicilio ajeno, cuya existencia, como dijimos, fue ya excluida en su día por la Sala de admisión de las Causas de aforados, lo cierto es que, en el estricto ámbito de lo fáctico, en modo alguno resulta tampoco aceptable semejante versión, lógicamente parcial e interesada, de quien recurre, habida cuenta de que, al margen de que, como ya dijimos, desde el punto de vista dominical la vivienda seguía perteneciendo, como copropietario, al denunciado, de igual modo que, desde el estrictamente posesorio, él no había renunciado de forma expresa, en ningún momento, a sus **derechos** de tenencia y uso del inmueble, aspectos a considerar ulteriormente, con carácter preferente y esencial, por lo que al delito de **realización arbitraria del propio derecho** se refiere, en cuanto a los extremos relacionados con el **derecho** a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria como fundamento para el disfrute exclusivo, y excluyente, de la finca por parte de la Sra. Tania, no sólo hay que tener en cuenta que ni tan siquiera se habían iniciado, a la fecha de acaecimiento de los hechos, los trámites para la atribución judicial del uso del domicilio, por mucho que se nos diga que Tania, a su propia iniciativa, dirigió un requerimiento unos días antes a Gustavo para que atendiera a los gastos de los hijos y la vivienda y designase nuevo domicilio, sino que tan sólo habían transcurrido once semanas desde que el denunciado se ausentó del mismo, manifestando en aquel momento que se trataba tan sólo de una decisión adoptada por *"...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 que el próximo 11 de Julio de 2003, fecha prevista para celebrar la boda entre la manifestante y Don. Gustavo, estaba ya próximo y tenían ambos que acudir al hotel Organge de Benicasim a elegir el menú para la cena..."* (sic), como la propia denunciante literalmente tiene manifestado de forma expresa en declaración judicial prestada con asistencia de Abogado que se acaba de transcribir y lo evidencia y confirma además el hecho de que los efectos personales del denunciado permanecieran en la vivienda sin haber sido retirados con anterioridad.

Por lo que no cabe afirmar, con la necesaria certeza exigible en este ámbito, no sólo que Don. Gustavo hubiera dejado de ser titular dominical del domicilio, pues es evidente que todavía lo era, sino incluso que tuviera que perder la condición de morador del mismo como consecuencia de la sola voluntad y decisión personal de la denunciante y por mucho que, en efecto, había abandonado éste fechas antes, pero con carácter temporal y una inicial intención expresa de regresar a él en cualquier momento, como la misma Doña. Tania declaró.

La salida, como hemos visto, se produjo pues sin el carácter de abandono definitivo de la vivienda, en la que, al menos en principio, aún se esperaba su retorno, pasando a poderse considerar el abandono como definitivo, por su propia voluntad y aún sin previa Resolución judicial al respecto, precisamente cuando toma la decisión de recoger sus efectos personales y la ejecuta.

Hasta ese momento no puede sostenerse en forma alguna que dejase de ser morador del domicilio, aunque se hubiera ausentado de él con la referida intención inicial de temporalidad, toda vez que quien hasta entonces había sido su compañera carecía de capacidad para, por su sola decisión, expulsarle de esa vivienda que en aquel entonces también era la suya.



TERCERO.- Y siendo lo anterior tal como queda relatado, la existencia del delito de **realización arbitraria del propio derecho** ha de resultar consecuentemente descartada, toda vez que, como ya dijimos en la anterior Resolución, no concurren los elementos integrantes de dicha figura penal.

Lo que puede obviamente concluirse a partir del resultado de todas las pruebas obrantes en Autos, entre las que de forma destacada se encuentran las que se mencionan en esta Resolución y de modo aún más especial por haberse practicado con directa intervención de este Instructor, las declaraciones de los **propios** implicados en los hechos, ofreciendo una información que confirma, complementa y enriquece aquella de la que dispuso la Sala al tiempo de admitir a trámite las actuaciones remitidas por el Juzgado de origen.

Que quien es dueño y poseedor de una vivienda, aunque fuere en participación con un tercero, y mantiene su **derecho** a regresar y morar en la misma, cambie la cerradura de acceso para poder entrar en ella, cuando advierte que previamente la anterior cerradura también había sido sustituida por otra por la copropietaria, sin acuerdo mutuo ni advertencia alguna al respecto, indudablemente no puede calificarse como un comportamiento delictivo.

Una cosa es realizar una conducta **arbitraria** frente a otro, eludiendo las vías legales previstas para ello, a fin de obtener la satisfacción de un **derecho** y hacerlo además con uso de violencia, intimidación o fuerza en las cosas, que es la previsión típica del delito de referencia, y otra completamente distinta ejercer un **derecho propio** sobre la cosa de pertenencia, eliminando para ello, por otro lado sin producción de daño alguno, un impedimento físico cual la cerradura de acceso al lugar, que ni siquiera llega a fracturarse sino que tan sólo es sustituida por otra con auxilio de un cerrajero.

Hemos de insistir además en que, contra la voluntad del interesado y en ausencia de Resolución judicial o actuación de la Autoridad que justifique la adopción de una medida de urgencia, es la denunciante la que no puede atribuirse, a sí misma, la facultad de excluir del uso de la vivienda a quien no ha dejado definitivamente de morar en ella, por su propia voluntad o por decisión de Autoridad competente para ello.

Precisamente, cambiar la cerradura con tal propósito de impedir la entrada a quien aún tenía legítimo **derecho** de acceso no sería aceptable si no fuera porque Doña. Tania ha manifestado expresamente que no era ésta su intención, que no quería de este modo impedir la entrada a su ex pareja, ofreciendo ella misma como explicación para semejante cambio de cerradura el que se trataba de una "*medida de seguridad*" exclusivamente, pues su hijo había perdido la llave.

Con ello viene a justificar de forma satisfactoria su propia conducta pero, simultáneamente, vuelve a reconocer el **derecho** del denunciado a entrar en la vivienda, sin necesidad de tener que contar con su permiso, pues dicha exigencia de autorización para ejercer un **derecho** que le era **propio** no la precisaba en modo alguno Don. Gustavo .

Finalmente, la mención que se hace en el Recurso en relación al hecho de que también "se invadió" el domicilio de una empresa, ASEJUR S.L., de la que era titular la denunciante, es argumento de hueca formalidad e intrascendente, desde el punto de vista penal, porque en realidad dicho "domicilio social" no era sino una estancia más de las que formaban parte de la propia finca que constituía la vivienda compartida y en la que, en realidad, se alojaba el despacho de trabajo de ambos convivientes. De ahí precisamente la necesidad de acceder a esa habitación para retirar efectos personales, sin que se haya acreditado que el denunciado sustrajera documento alguno de la empresa, máxime cuando, como a continuación diremos, también estas operaciones se realizaron a presencia de varios testigos ajenos a los hechos, entre ellos algunos policías municipales de la localidad.

En efecto, los hechos presumiblemente delictivos discurren además a presencia de agentes de la Autoridad y de un grupo de vecinos que incluso llegaron a colaborar en la tarea de sacar y cargar los enseres del denunciado en el camión dispuesto para ello, con lo que, según la tesis de la denunciante, hubieran podido convertirse en cooperadores necesarios o cómplices de un hecho delictivo.

A su vez, los policías actuantes elaboran un minucioso atestado, describiendo todas las operaciones llevadas a cabo, con participación activa de la propia Doña. Tania que va indicando qué objetos puede recoger Gustavo y cuáles no, a lo que éste accede por indicación de los funcionarios, sin que tales agentes presentes en el lugar, en definitiva, adviertan en ningún momento que se encuentran en presencia de la comisión de un hecho delictivo.

En modo alguno nos hallamos, en consecuencia, ni ante una entrada en domicilio ajeno para hacer efectivo el **derecho** a retirar enseres y efectos personales propiedad del querellado ni, menos aún, frente a la ejecución de una fuerza para la **realización** ilícita de tal **derecho**, que en algún momento hasta se ha llegado a describir, tan audaz e impropiamente, como el hecho de "reventar" la cerradura de la vivienda.



Por todo ello, pretender que nos hallamos ante unos hechos que merecen el grave reproche en que la sanción penal consiste, supone ignorar el carácter residual y de mínima intervención del **Derecho** penal, más allá incluso del contenido **propio** del principio de legalidad, que hace del todo inaplicable la figura delictiva que analizamos.

Pues en definitiva, y resumiendo para concluir, la conducta del denunciado se limitó exclusivamente al acceso al que todavía era su domicilio, teniendo necesidad de servirse para ello del auxilio de un cerrajero al haber sido sustituida la cerradura correspondiente a las llaves de las que disponía hasta entonces, sin que en ningún momento le hubiera sido requerida su entrega, con la única finalidad de retirar sus efectos personales y así abandonar definitivamente, y por su propia decisión y voluntad, la expresada vivienda.

Todo ello además en presencia de funcionarios de la Policía local, de varios vecinos e, incluso, de la propia Doña. Tania, que tampoco denunció como delito, en ese momento, a los referidos policías lo que ante todos ellos estaba aconteciendo, aunque ahora sí que sostenga, casi siete años después de tales hechos, que nos encontramos ante una infracción delictiva de la que fue en su día víctima.

Por lo que, en consecuencia, se debe confirmar, con desestimación del Recurso, nuestro anterior Auto de Sobreseimiento libre y Archivo de las presentes actuaciones, toda vez que carecería obviamente de sentido, en este momento procesal y a reserva siempre del superior criterio de la Sala que pudiera conocer de una eventual Apelación contra este pronunciamiento, proseguir con unas actuaciones que, a juicio de este Instructor, versan sobre unos hechos tan carentes de tipicidad como los aquí investigados.

En consecuencia, de acuerdo con los preceptos mencionados y demás de aplicación general,

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

La desestimación del Recurso de Reforma interpuesto por la Representación de la denunciante, D^a Tania, contra el Auto de Sobreseimiento libre y Archivo de las presentes actuaciones, de fecha 22 de Enero de 2010, que se confirma en todos sus extremos.

Contra la presente Resolución cabe Recurso de Apelación ante la Sala de Causas de aforados de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por término de cinco días desde la última notificación de este Auto.

Así, por este Auto, lo resuelve, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor Don **Jose Manuel Maza Martin**, de lo que como Secretaria certifico.