

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

SECCIÓN: PRIMERA

APELACIÓN N° 185/2012

JUICIO DE FALTAS N° 207/2012

JUZGADO DE INSTRUCCION n° 3 de los de MALAGA

La Sección Primera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Malaga, en la causa de referencia, ha dictado,

EN NOMBRE DE S.M., EL REY,

la siguiente

S E N T E N C I A n° 442/2012

En Málaga, a veinte de julio del dos mil doce.

La Sección Primera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Málaga, constituida como órgano unipersonal, y actuando, en tal concepto, el Ilustrísimo Señor Magistrado Don Rafael Linares Aranda, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en el Juicio de Faltas seguido en el Juzgado de Instrucción arriba indicado, siendo parte apelante Doña XXXXX XXXX, constando debidamente acreditadas en autos las circunstancias personales de las partes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Por el mencionado Juzgado de Instrucción y con fecha 26 de septiembre 2011 se dicto sentencia condenando a la hoy apelante por una falta de desobediencia a los agentes de la Autoridad.*

Como hechos probados se recogían los siguientes:

“...El día 23 de abril de 2.012, sobre las 20:35 y las 21:10 horas, la denunciada, XXXXX XXXX, fue observada por la Policía Local de Málaga, ofreciendo servicios sexuales en la vía pública en dicha localidad, a pesar de haber sido advertida por los agentes, sobre las 17:00 horas de ese mismo día, que no podía ejercer dicha actividad.

SEGUNDO.- *Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia por doña XXXXX XXXX y admitido en ambos efectos por el Juzgado se remitieron los autos originales previa formalización del escrito del recurso cuyo contenido se da aquí por reproducido en evitación de innecesarias repeticiones.*

El Ministerio Fiscal no evacuo el trámite de alegaciones.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, no se estimó precisa la celebración de vista; quedando pendiente el procedimiento de resolución en esta segunda instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

*La falta de irrespetuosidad a los Agentes de la Autoridad, tipificada y penada en el art. 634 del C.P., castiga con pena de multa de diez a sesenta días a : “ **Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones**”.*

La doctrina jurisprudencial se ha preocupado de advertir el carácter

eminentemente circunstancial y casuístico de la valoración de la conducta enjuiciada. Por eso habrá de ponderar factores objetivos (referentes a los actos ejecutados y expresiones vertidas) subjetivos (del ofensor y del ofendido) antecedentes, tiempo, modo, ocasión y lugar de los hechos, y singularmente si el agente, por su edad, experiencia, condición social, y preparación cultural o profesional, puede percatarse de la trascendencia real de sus manifestaciones. El análisis de estos antecedentes permitirá además concluir si la conducta del acusado reviste la entidad suficiente para ser desvalorada como delictiva, o no rebasa el umbral de la falta.

Se estima que el bien jurídico protegido más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas (así, entre otras, SSTS 5 de junio de 2000 EDJ2000/15171 , 4 de marzo de 2002 EDJ2002/7600 , 15 de marzo de 2003 EDJ2003/6662 y 4 de mayo de 2006 EDJ2006/80841).

En una interpretación de la norma conforme a un estado democrático de derecho, no puede entenderse que el bien jurídico protegido sea la persona que ejerce la autoridad, en sí misma, sino siempre por el ejercicio de la función pública que dicha autoridad desarrolla. El objeto de la protección es la función pública, no el órgano. Otra interpretación supone una concepción antidemocrática de la Autoridad, ajena a la única legitimación de ésta, que parte de la función o servicio público que presta a la sociedad, máxime después de la destipificación del desacato por el Código Penal EDL1995/16398 de 1.995. Y es que no puede entenderse que la primera conducta descrita en el art.634 C.P EDL1995/16398 . (faltar al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes), supone una recuperación subrepticia de la figura del desacato, eliminado entre los delitos. Por tanto, la dignidad personal o el honor personal de la autoridad o sus agentes, u otros bienes jurídicos de los que son titulares, resultan protegidos por otros tipos

penales distintos como serían la falta de injurias, amenazas, coacciones

El dolo propio de esta falta no se reduce únicamente a la intención de desprestigiar la función pública que desempeñan los agentes; este ánimo tendencial puede manifestarse de forma directa, cuando el sujeto persiga con su acción ofender o menoscabar el principio de autoridad, o mediante el dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, que lleva a entender ínsito dicho ánimo tendencial en la propia acción cuando el sujeto pasivo ostente el uniforme de su cargo y cualquier persona normal conozca su condición, a no ser que se acredite la existencia de un móvil divergente (como razones estrictamente personales, u otra motivación ajena a las funciones públicas) que, por su entidad, vengán a anular ya no sólo el dolo, sino el propio injusto del ilícito; en otras palabras, cuando el sujeto activo conoce el carácter público del sujeto pasivo y la autoridad de que está revestido, y no obstante lleva adelante su conducta vejatoria, no deja de querer el agravio o desconsideración que de ello se sigue.

Debe partirse en primer lugar, de un escrupuloso respeto de los hechos declarados probados, y en tal sentido, los hechos objeto de enjuiciamiento, tal como han quedado descritos en el citado relato factico, no integran la conducta típica descrita en el art. 634 C.P EDL1995/16398 ., puesto que describen un mero incumplimiento de una orden relativa a una ordenanza municipal, sin describir siquiera insultos, desconsideración, reiteración en la desobediencia, negativa a identificarse, lo que no queda descrito.

De acuerdo con el invocado principio de mínima intervención, el derecho penal es la última ratio y ha de quedar reservado para sancionar aquellas conductas más graves y dignas de protección y que infringen bienes jurídicos fundamentales para la convivencia y para cuya satisfacción y resolución del conflicto de intereses surgido no cabe otra vía menos aflictiva prevista por el

ordenamiento.

Por ello, ha de estimarse el recurso y revocar la sentencia de instancia, absolviendo a Doña XXXXX XXXX de la falta del artículo 634 por la que resultó condenada.

SEGUNDO

La Sentencia número 129/2008, de 22 de julio EDJ2008/204544, rec 103/2008. Pte: Diego Gómez-Reino Delgado, Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Baleares , " ... el incumplimiento por la recurrente de la sanción de cesación impuesta legítimamente en virtud de un Decreto de la Alcaldía, dictado por infracción de la Ordenanza del Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, prohibiendo el ejercicio de la prostitución en la vía pública, aún siendo repetida y existiendo requerimientos varios y directos por parte de agentes de la autoridad dirigidos a su destinataria para su acatamiento personal, no pasa de constituir mas que el incumplimiento de una sanción administrativa, sin alcanzar la consideración de desobediencia a la autoridad ni a sus agentes y por tanto no es merecedora de reproche penal, por cuanto ha de precisarse que el Ayuntamiento para ejecutar dicha sanción de cesación no agotó los mecanismos de intervención directa que frente a la administrada sancionada preveía la propia Ordenanza infringida, la cual contempla la posibilidad de establecer multas coercitivas. Así, el artículo 239 de la Ordenanza establece que en el caso de incumplimiento de las órdenes a que se refieren los apartados a, b, c, d y f del artículo anterior - el último de los apartados alude a impedir usos indebidos para los que no se hubiera obtenido licencia, o no se ajusten a las disposiciones de las Ordenanzas y demás normas generales de aplicación - y sin perjuicio de la adopción de medidas para su ejecución subsidiaria - se esta refiriendo a la compulsión directa -, podrán imponerse

multas coercitivas reiterables por lapsos de tiempo suficientes para el cumplimiento de lo ordenado. Además, la propia Ordenanza de Policía, que es la aplicada, en su artículo 236, señala que las infracciones a lo establecido en las presentes Ordenanzas y salvando lo dispuesto en el párrafo anterior - que se refiere a aquellos casos en los que la infracción denunciada se halle regulada además por otras normas u Ordenanzas Específicas aprobadas por el Ayuntamiento (aquí no nos encontramos con Ordenanzas Específicas, sino con la modificación de las ya existentes para sancionar una conducta inicialmente no contemplada), se castigarán con multa variable dentro de los límites específicos que señale la legislación local aplicable a esta materia. Y; resulta a todas luces contrario al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, que la administración Municipal pretenda derivar el incumplimiento de una sanción administrativa a la órbita penal, cuando ella misma en vía administrativa no ha agotado, ni hecho efectivos, los mecanismo de ejecución e incluso de sanción directa que la propia norma incumplida establece para el restablecimiento de la legalidad infringida.de seguirse hasta el extremo el criterio municipal, llegaríamos al absurdo de que cualquier incumplimiento de una sanción administrativa -por ejemplo estacionar en reiteradas ocasiones un vehículo en vado reservado, tirar la basura fuera del horario que establezca la Ordenanza o incumplir la normativa en materia de venta ambulante o del botellón-, por la sola y única circunstancia de que la sanción impuesta fuera la de cesación de dicho comportamiento, podría permitir, a la postre, su transmutación en un ilícito penal aunque el legislador penal haya huido de castigar dicha conducta a través de un tipo autónomo; dándose sin embargo, al mismo tiempo, la paradójica circunstancia de que la multa coercitiva, que pudo y debió de haberse establecido por el Ayuntamiento denunciante para forzar la ejecución forzosa de dicha sanción y evitar así su no acatamiento, finalmente sea declarada por un tribunal penal -a través del artículo 634 del Código Penal EDL1995/16398 - y no por el órgano administrativo sancionador, a quien en su caso le competía y correspondía hacerlo".

La AP Baleares, sec. 1ª, S 30-3-2011, nº 118/2011, rec. 26/2010. Pte: Díaz Sastre, Cristina, recuerda que “ Es competencia municipal no sólo velar por la seguridad de los lugares públicos, sino también por la ordenación de la convivencia, incluidos aquellos aspectos alusivos a la moral a las buenas costumbres y al uso de los lugares públicos. Igualmente, queda también fuera de duda que, en el ámbito sancionador, el Ayuntamiento está facultado para imponer no sólo multas, sino también otro tipo de sanciones y medidas cautelares, como es la cesación de la actividad para nuestro caso. Pero, sentada esta premisa formal, la cuestión se desplaza a determinar materialmente el límite que permite diferenciar entre el incumplimiento de la sanción o cautela administrativa y el tipo penal de la desobediencia. Y, al respecto, la lectura del artículo 25 de la Constitución EDL1978/3879 y el artículo 10 del Código Penal EDL1995/16398 hace evidente que un Decreto dictado por el Alcalde-Presidente de un Ayuntamiento no puede definir de modo autónomo acciones u omisiones constitutivas de infracciones penales. Pese a que el Decreto citado ordene personalmente a la acusada el cese de la utilización de la vía pública para captar clientes con fines sexuales, con el apercibimiento de que, en caso de que la destinataria persista, puede incurrir en un delito de desobediencia grave a la autoridad o sus agentes, ello no puede determinar el nacimiento del delito de desobediencia. Primero porque aunque se revista de la cualidad de reiteración no puede obviarse que aquello en lo que se ordena cesar a la acusada -de modo individual y manera reforzada- es exactamente la misma conducta que está recogida como prohibida en la ordenanza...”

TERCERO

La AP Alicante, sec. 1ª, S 23-2-2012, nº 137/2012, rec. 20/2012. Pte: Jose Antonio Durá Carrillo, con cita de la Sentencia de la AP de Cádiz, secc 8ª,

S- 10-6-2004, en relación a los supuestos de los aparcacoches nos recuerda: “ es claro que el mero hecho de ejercitar tal actividad puede constituir un ilícito administrativo pero nunca una infracción penal. Siguiendo la tesis del Tribunal Supremo, expuestas en sentencia como las de 20 de marzo de 1.990, 22 de septiembre de 1.993 y 3 de abril de 1.995, el tipo penal se refiere a comportamientos contrarios al ejercicio personal de la autoridad por un agente del estado, pero no alcanza al incumplimiento de normas dictadas por la autoridad, actos estos que ya tienen prevista su sanción en vía administrativa, pues de lo contrario tendríamos que llegar a la conclusión que todo incumplimiento de una norma implicaría una desobediencia punible, lo cual se compagina mal con la finalidad del artículo del Código Penal EDL1995/16398 y es contrario al carácter fragmentario del Derecho Penal y a la consideración de la sanción punitiva como última ratio del Derecho, derivado del principio de la intervención mínima y subsidiaria de las normas penales. Otro caso distinto es el hecho de que los agentes, en cumplimiento de la normativa administrativa mencionada y que hemos considerado legítima, dan la orden de manera directa y personal al denunciado a fin de que cese en su actividad de aparcacoches. Ante tal orden, clara y legítima, el denunciado puede hacer caso omiso y seguir con su actividad, en cuyo caso la falta de desobediencia es claro que existe, pues queda evidenciado el ánimo tendencial del denunciado de menoscabar el principio de autoridad, ya que le consta la condición de agente de la autoridad en quien le imparte la orden y que está incumpliendo la misma. El problema surge cuando el denunciado en un primer momento parece hacer caso a la orden y deja de aparcar pero vuelve al poco rato. En estos supuestos habrá que estar caso por caso, analizando las circunstancias concurrentes, si bien en principio cabe inclinarse por considerar que el denunciado ha hecho caso a la orden que los agentes le impartían y si ha vuelto no ha sido en burla de dicha orden, sino del Bando Municipal, lo cual ya hemos dicho que deberá en todo caso corregirse por vía administrativa pero no por la vía penal. No obstante, como decimos, es un punto que debe

quedar al estudio caso por caso. Otra consideración resultará si el denunciado cuando vuelve a ejercer de aparcacoches es pasadas unas horas o incluso días, ya que en tales casos ha dejado de tener presente la orden y su conducta no es movida por un ánimo de querer desobedecer a la misma y burlar a la autoridad. En estos supuestos nos parece evidente que no cabe hablar de falta de desobediencia alguna".

CUARTO

Procediendo la libre absolución de la condenada en la primera instancia, se declararán de oficio las cosas que de ella hubieran podido devengarse, por prescribirlo así el artículo 240.2.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

Por cuanto antecede,

FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Doña XXXXX XXXX, contra la Sentencia de fecha 18 de Mayo de 2012, dictada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Malaga, SE REVOCA la misma y se dicta otra en su lugar por la que se absuelve a la recurrente de la falta de desobediencia leve a agentes de la autoridad, de la que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal, todo ello con declaración de costas de oficio tanto en cuanto a las causadas en esta alzada como en la primera instancia.

Contra esta sentencia no cabe ulterior recurso.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Devuélvase los autos originales al Juzgado de Instrucción de su procedencia, acompañando testimonio de esta sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta sentencia, actuando como órgano unipersonal de apelación, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- *Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente que la dictó estándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.*